Methodologische Studie über den Zugangsbegriff (§ 130 BGB.)

Inaugural-Dissertation

zur Erlangung der Würde eines Doktors der Rechte
der hohen Rechts- und Staatswissenschaftlichen Fakultät
der Georg-August-Universität zu Göttingen

R. UNIV.
BIBLIOTHEEK
LEIDEN

vorgelegt von

Ernst Kantorowicz,
Referendar in Hannover.

Hannover 1917.
Helwingsche Verlagsbuchhandlung.

Referent: Professor Dr. jur. Titze.

Meinen Eltern.

Digitized by the Internet Archive
in 2026

https://archive.org/details/IA41548120_0043

Inhaltsverzeichnis.

A. Einleitung.

I. Erklärung des Themas . . . . . § 1
II. Der praktische Fall . . . . . § 2

B. Die Lösung des praktischen Falls.

I. Die Bereitung des Falls für die Anwendung des Gesetzes . . . § 3
1. Die Kündigung als empfangsbedürftige Willenserklärung . . . § 4
2. Begründung dieser Ansicht.
a) Die Kündigung als Willenserklärung . . . . . § 5
b) Die Empfangsbedürftigkeit der Kündigung.
A. Problemstellung . . . . . § 6
B. Problemlösung . . . . . § 7

II. Die Anwendung des Gesetzes.
1. Die vorläufige Anwendung des Gesetzes und das daraus sich ergebende Problem . . . . . § 8
2. Die Bestimmung des Zugangsbegriffes . . . . . § 9
a) Formale Bestimmung des Zugangsbegriffes.
A. Problemstellung . . . . . § 10
B. Die Theorien vom uneinheitlichen Zugangsbegriff . . . § 11
I. Die Theorie Hölders.
1. Darstellung.
a) Das Prinzip . . . . . § 12
b) Begründung des Prinzips.
A. Mittelbare Begründung . . . . . § 13
B. Unmittelbare Begründung . . . . . § 14
c) Anwendung des Prinzips . . . . . § 15
2. Kritik . . . . . § 16
a) Kritik der Nutzanwendung.
A. Stand der Meinungen . . . . . § 17
B. Eigene Kritik . . . . . § 18
b) Kritik des Auslegungsprinzips . . . . . § 19
A. Kritik der mittelbaren Begründung . . . . § 20
B. Kritik der unmittelbaren Begründung.
I. Problemstellung . . . . . § 21

II. Problemlösung.
1. Darstellung von Hölders Auslegungstheorie . . . . . § 22
2. Kritik der Auslegungstheorie . . . . § 23
a) Immanente Kritik . . . . . § 24
b) Transzendente Kritik . . . . . § 25
A. Stellung der Hölderschen Theorie innerhalb der Auslegungstheorien § 26
B. Die richtige Auslegungstheorie § 27
I. Problemstellung . . . . . § 28
II. Problemlösung.
1. Die Möglichkeit der Auslegungen.
a) Die subjektive Auslegung . . . . . § 29
b) Die objektive Auslegung . . . . . § 30
2. Die richtige Auslegung.
a) Fragestellung . . . . § 31
b) Antwort . . . . . § 32
3. Ergebnis der Kritik . . . . . § 33
II. Die Theorie von Schulz.
1. Darstellung . . . . . § 34
2. Kritik . . . . . § 35
b) Inhaltliche Bestimmung des Zugangsbegriffes . . . . . § 36
A. Zugang als Eintritt der Kenntnisnahmemöglichkeit . . . § 37
B. Der Eintritt der Kenntnisnahmemöglichkeit.
I. Das Prinzip der Bestimmung . . . . . § 38
II. Die Anwendung des Prinzips . . . . . § 39
3. Die endgültige Subsumtion . . . . . § 40
C. Schluß . . . . . § 41

Schriftenverzeichnis.

Bähr, Gegenentwurf zu dem Entwurfe eines BGB. 1892.

Bekker, E. J., Grundbegriffe des Rechts und Mißgriffe der Gesetzgebung. 1910.

— Sprachliches und Sachliches zum BGB. in JherJ. 49, 1 ff. 1905.

— System des heutigen Pandektenrechts Bd. II. 1889.

Bendix, Eine Gefahr des eingeschriebenen Briefes in DJZ. 18, 407 ff. 1913.

— Das Problem der Rechtssicherheit. 1914.

Bierling, Juristische Prinzipienlehre Bd. 4. 1911.

Biermann, Bürgerliches Recht Bd. I. 1908.

— BGB. 3. Buch. Sachenrecht 3. Aufl. 1914.

Binding, Lehrbuch des gemeinen deutschen Strafrechts. Bes. T. 1904.

v. Blume, Versäumnis des Empfanges von Willenserklärungen in JherJ. 51, 1 ff. 1907.

Breit, James, Die Verhinderung der Vollziehung einer Willenserklärung in SeuffBl. 71, 589 ff. 1906.

— Zur Lehre vom Rechtsgeschäft in SächsA. 13, 1903, S. 283 ff. 15, 1905.

Breit, Max M., Die Willenserklärung als Äußerung und Leistungsgegenstand nach dem deutschen BGB. in Gruchot Bd. 55, S. 1 ff. 1911.

Cosack, Lehrbuch des deutschen bürgerlichen Rechts. Bd. I, 6. Aufl. 1913. (Dazu die früheren Auflagen.)

Crome, System des deutschen bürgerlichen Rechts. I. 1900.

Dernburg, Das bürgerliche Recht des Deutschen Reiches und Preußens. I. 3. Aufl. 1906.

Düringer-Hachenburg usw., Das Handelsgesetzbuch 2. Aufl. II. Bd. 1910.

Endemann, Lehrbuch des bürgerlichen Rechts 1. Bd. 8./9. Aufl. 1903.

Engelmann, Zu Hölders „Theorie" in DLitZ. 30. Jhg. S. 1334 ff. 1909.

Enneccerus, Lehrbuch des bürgerlichen Rechts. 9./11. Aufl. I. Bd. 1913/14.

E. I. BGB., Entwurf eines BGB. für das Deutsche Reich 1. Lesung 1888.

E. II. BGB., Entwurf eines BGB. für das Deutsche Reich 2. Lesung 1894.

E. BR., Entwurf eines BGB. in der Fassung der Bundesratsvorlage 1898.

E. RT. BGB., Entwurf eines BGB., Reichstag 9. Leg.-Per. 4. Sess. 1895/96; Drucks. Nr. 87.

Flad in Plancks Komm. 4. Aufl. 1. Bd. A. T. 3. Abschn. 1913.

Fritze, Die stillschweigende Willenserklärung im BGB. im ArchBürgR. 14, 181 ff. 1898.

Geller zu Hölders Theorie in DeZBl. 23, 997. 1906.

v. Gierke, Der Entwurf eines BGB. 1889.

Goldmann-Lilienthal, Das BGB., systematisch dargestellt 2. Aufl. 1903.

Gottschalck, Die empfangsbedürftige Willenserklärung nach dem BGB. Diss. Erlangen 1903.

Greiff in Plancks Komm. zum BGB. 3. Aufl. 3. Bd. 3. Abschnitt. 3. Titel. 1903.

— in Plancks Komm. zum BGB. 3. Aufl. 2. Bd. 7. Abschnitt. Titel 1/3.

Haumann, Die Nichtannahme empfangsbedürftiger Willenserklärungen. Diss. Erlangen 1913.

Heck, Gesetzesauslegung und Interessenjurisprudenz. 1914.

Hedemann, über Titzes „Zeitpunkt" in ArchBürgR. 25, 369/1. 1905.

Hellwig, Reichsgerichtliche Judikatur über das Zugehen von Willenserklärungen in JW. 1905 S. 356.

Hölder, Kommentar zum Allgemeinen Teil des BGB. 1900.

— Das Wesen der rechtswirksamen Willenserklärung, in JherJ. 55, 413 ff. 1909.

— Zum allgemeinen Teil des Entwurfs eines deutschen BGB. in ArchZivPr. 79. 1888.

— Zur Theorie der Willenserklärungen in Sohm, Hölder, Strohal: Drei Beitr. z. Bürg. R., Heinrich Degenkolb dargebracht. 1905.

— Der Zugang der Willenserklärung in DJZ. Bd. 6, S. 339 ff. 1901.

(Huber, Eugen), Schweizerisches Zivilgesetzbuch. Erläuterungen zum Entwurf des eidgenössischen Justiz- und Polizeidepartements. 1902.

Immerwahr, Die Kündigung. 1898.

Jellinek, W., Gesetz, Gesetzanwendung und Zweckmäßigkeitserwägung. 1913.

Isay, Zur Lehre von den Willenserklärungen nach dem BGB. in JherJ. 44, 43 ff. 1902.

— Die Willenserklärung im Tatbestand des Rechtsgeschäfts. 1899.

Kipp zu Windscheid, Lehrbuch des Pandektenrechts. I. Bd. 9. Aufl. 1906.

Klein, Zurücknahme von Vorstellungsmitteilungen in ArchBürgR. Bd. 34, 323 ff. 1910. 33, 245. 1909.

Kober, Schuldverhältnisse. Bes. T. in Staudingers Komm. 7./8. Aufl. 1912.

— Sachenrecht, in Staudingers Komm. z. BGB. 7./8. Aufl. 1912.

Kohler, Der Gläubigerverzug im ArchBürgR. 13, 149 ff. 1897.

— Lehrbuch des bürgerlichen Rechts Bd. I. 1904.

— über den Vertrag unter Abwesenden im ArchBürgR. I. 1889.

Koppers, Die Vollendung empfangsbedürftiger mündlicher Willenserklärungen in Gruchot 46, 225 ff. 1902.

Krehschmar zu Hölders Theorie im SächsA. 1. Jhg. S. 95 ff. 1906.

Krückmann, Institutionen des BGB. 4. Aufl. 1912.

— Verhinderung des Vertragsschlusses im „Recht" 1911. S. 56 ff.

Kuhlenbeck, Von den Pandekten zum BGB. 1. Teil. 1898.
Kunstmann, Das Zugehen der rechtsgeschäftlichen Willenserklärungen nach §§ 130, 131 BGB. Diss. Erlangen 1906.

Leonhard, Franz, Die Wahl bei der Wahlschuld in JherJ. 41, 33 ff.
Leonhard, Rudolf, Allgemeiner Teil des BGB. 1900.

Manigk, Willenserklärung und Willensgeschäft. 1907.
Matthiaß, Lehrbuch des Bürgerlichen Rechts 6./7. Aufl. 1914.
Mot. BGB., Motive zu dem Entwurfe eines Bürgerlichen Gesetzbuches für das Deutsche Reich. 1888.
Mühlhoff, Wirksamwerden und Verhindern einer Willenserklärung. Diss. Marburg 1913.
Müller, Zu Hölders Theorie in Gruchot Jhg. 50, 705 ff. 1906.

Neubecker, Haftung für Wort und Werk in Festgabe der Berliner Jur. Fakultät für Gierke. Bd. III. 1910.
Neumann, Handausgabe des BGB. 1912.

Oertmann, BGB. 1. Buch. A. T. 1908.
— BGB. 2. Buch. Recht der Schuldverhältnisse 3./4. Aufl. 1910.
— Zugehen und Vernehmen in „Recht", Jhg. 10. S. 721 ff. 1906.
Prot. I., Protokolle der Kommission zur Ausarbeitung des Entwurfs eines BGB. aus den Jahren 1881 ff. metallographiert o. O. u. J.
Prot. II., Protokolle der Kommission für die 2. Lesung des Entwurfs eines BGB. (Achilles, Gebhard, Spahn. 1897).

Radbruch, Grundzüge der Rechtsphilosophie. 1914.
Reßbein, Das BGB. mit Erläuterungen. 1. Bd. A. T. 1899.
Reichsgerichtskommentar, Hoffmann, Erler, Burlage usw., Kommentar zum BGB. 2. Aufl. 1913.
Riezler in Staudingers Kommentar 7./8. Aufl. 1. Bd. Abschn. 2—7. 1912.
Rüdiger, Das Kündigungsrecht bei der Miete. Diss. Greifswald 1900.

Schneider, Treu und Glauben im Recht der Schuldverhältnisse des BGB. 1902.
Schulz, Der Vertragsschluß im Entwurf der Novelle zum Allg. BGB. in OeAGZ. 61. Jhg. 241 ff. 1910.
Siecke, Was bedeutet das Zugehen bei den empfangsbedürftigen Willenserklärungen (BGB. § 130)? Diss. Rostock 1905.
Spahn, Zu Hölders Theorie in Lit. Rundschau für das katholische Deutschland. 32. Jhg. 64. 1906.
Stammler, Theorie der Rechtswissenschaft. 1911.
Staub, Koenige, Heinrich, Pinner, Bondi, Staubs Kommentar zum HGB. 9. Aufl. Bd. II. 1913.
Strohal, Streifzüge im Entwurf eines BGB. für das Deutsche Reich in JherJ. 28, 362.

Thiele, Die Kündigung, insbesondere bei Darlehen, nach dem BGB. im ArchZivPr. 89, 85 ff. 1899.

Titze, Die Lehre vom Mißverständnis. 1910.
— Der Zeitpunkt des Zugehens bei empfangsbedürftigen schriftlichen Willenserklärungen in JherJ. 47, 379 ff.
Trappenberg, Die rechtliche Bedeutung der Kündigung (unter Berücksichtigung des BGB.), Diss. Erlangen 1898.
v. Tuhr, Der Allgemeine Teil des deutschen Bürgerlichen Rechts. I. Bd. 1910. II. Bd. 1. Hälfte. 1914.
Zitelmann, Die Rechtsgeschäfte im Entwurf eines BGB. I. Teil. 1889.
— Das Recht des BGB. Allgemeiner Teil. 1900.
— Lücken im Recht. 1903.
Zusammenstellung der gutachtlichen Äußerungen zu dem Entwurf eines BGB. 1890.

A. Einleitung.

I. Erklärung des Themas.

§ 1.

Die vorliegende Arbeit ist eine methodologische Studie nicht in dem Sinne, daß sie als Hauptgegenstand Fragen der Methodenlehre behandelt. Sie hat vielmehr zum Gegenstand eine Frage, die auf einem ganz anderen rechtswissenschaftlichen Gebiet liegt als dem der Methodenlehre. Aber diese Frage soll mit Beziehung auf die Methodenlehre behandelt werden, daß heißt: nicht vom Standpunkt einer bestimmten Methode, sondern zunächst nur in dem Bewußtsein, daß es überhaupt verschiedene Methoden gibt. Dabei soll sich zeigen, wo die Fragen der Methodenlehre liegen, und welches ihre Bedeutung für rechtswissenschaftliche Einzelfragen ist.

Für eine derartige Aufgabe, bei der die Behandlung der Einzelfrage nur als Beispiel dient, ist es gleichgültig, welche Einzelfrage aus den verschiedenen Rechtsgebieten zur Behandlung gestellt wird. Ein praktischer Fall hat die Veranlassung gegeben, den Zugangsbegriff zum Gegenstande dieser Arbeit zu machen.

II. Der praktische Fall.

§ 2.

Ein Hauswirt wirft in den Wohnungsbriefkasten seines Mieters einen Kündigungsbrief, ohne zu wissen, daß der Mieter einige Tage verreist ist. Nach einer Stunde bekommt der Hauswirt Reue, er geht zurück und holt mit einer Nadel den Kündigungsbrief aus dem Briefkasten wieder heraus. Als der Mieter bei seiner Rückkehr durch einen Zufall diese Tatsache erfährt, behauptet er, es sei wirksam gekündigt worden, und rüstet zum Auszug. Der Hauswirt bestreitet die Wirksamkeit der Kündigung.

B. Die Lösung des praktischen Falls.

I. Die Bereitung des Falls für die Anwendung des Gesetzes.

§ 3.

Unmittelbar bietet das Gesetz für die Lösung dieses Falles nichts: über die Wirksamkeit einer Kündigung enthält das BGB im Mietrecht und überhaupt im Recht der Schuldverhältnisse keine Bestimmung. Wir sind also auf den Allgemeinen Teil angewiesen. Da ihm aber die Kündigung auch unbekannt ist, können wir ihn nicht anwenden, ohne zuvor die Kündigung in einer ihm geläufigen Denkform dargestellt zu haben.

§ 4.

1. Die Kündigung als empfangsbedürftige Willenserklärung.

Es scheint ja unbestritten zu sein, daß die Kündigung eine einseitige empfangsbedürftige Willenserklärung ist. Eindeutig, wie Trappenberg[1]) meint, ist in dieser Beziehung nicht der Ausspruch Gruchots: „Die in der Kündigung hervortretende Willenserklärung ist eine einseitige und bringt schon als solche die damit beabsichtigte Rechtswirkung hervor". Die Stelle kann noch in doppelter Weise einen anderen Sinn haben: entweder will sie sagen, eine Empfangshandlung ist nicht erforderlich, oder sie gründet sich auf die Absendungstheorie; dies ist sehr wohl möglich, da es sich um einen Ausspruch aus der Zeit vor dem BGB handelt. Feststellen läßt sich der Sinn nur aus dem Zusammenhang, der aber wegen der Mangelhaftigkeit des Zitats bei Trappenberg[2]) nicht zugänglich ist.

Aber wenn auch Kommentare, Lehrbücher und Einzelschriften[3]) bei Erörterungen über die Kündigung von der Feststellung dieser Natur auszugehen pflegen, um sich unmittelbar nach dieser Feststellung einzelnen Fragen des Kündigungsrechts zuzuwenden, so bedarf doch die Richtigkeit der Feststellung einer ausreichenden Be-

---

[1]) 34.

[2]) Das Zitat lautet S. 34 „a. a. O. S. 198". Da der Dissertation ein Literaturverzeichnis mangelt, auch sonst jede Andeutung fehlt, läßt sich nicht feststellen, um welchen Ort es sich handelt.

[3]) Ein Beispiel für alle: Immerwahr 76.

gründung; denn unmittelbar einleuchtend, aus dem „Wesen" der Kündigung zu folgern ist sie nicht.

2. Begründung dieser Ansicht.

§ 5.

a) Die Kündigung als Willenserklärung.

Zwar, daß die Kündigung eine Willenserklärung ist, scheint keines weiteren Beweises mehr zu bedürfen. Soweit der Streit um den Begriff der Willenserklärung die Abgrenzung der Willenserklärungen von anderen Rechtshandlungen zum Gegenstande hat, ist er für die Kündigung, die nicht auf diesem Grenzgebiet liegt, bedeutungslos. Wie man aber auch sonst den Begriff der Willenserklärung bestimmen mag, immer wird er die Kündigung — eben als Erklärung eines rechtsgeschäftlichen Willens — unter sich begreifen.

b) Die Empfangsbedürftigkeit der Kündigung.

§ 6.

A. Problemstellung.

Nicht so einfach verhält es sich dagegen mit der Empfangsbedürftigkeit.

Gegen dies Wort haben Bekker, Kohler, v. Tuhr u. a. Einspruch erhoben. Zugegeben, daß man bei „Empfangen" an eine Tätigkeit des Empfangenden denken kann[1]), und daß andererseits neben dem Empfang die Richtung notwendig ist[2]), so ist doch von dem Worte „Empfang" kein Unheil zu befürchten, wenn man sich seines Charakters als einer Nominaldefinition bewußt bleibt. Nur in Anbetracht der Gefahr einer quaternio terminorum ist das bloße Wort „falsch", d. h. hier: unpraktisch. — Im folgenden werden die Ausdrücke: Willenserklärung, die einem anderen gegenüber abzugeben ist, empfangsbedürftige, richtungsbedürftige[3]) Willenserklärung, Adressenrechtsakt[4]) und Anerklärung[5]) in gleicher Bedeutung gebraucht werden.

---

[1]) Kohler, Gläubigerverzug 218; auch Mühlhoff, 4.
[2]) v. Thur, 428.
[3]) v. Tuhr, a. a. O.
[4]) Kohler, a. a. O.
[5]) Bekker, System 76.

Versteht man, wie es jetzt ausschließlich geschieht, unter dem „anderen", dem gegenüber eine Willenserklärung abzugeben ist, nur den jeweiligen Vertragsgegner, so ist für die Kündigung auch eine rechtliche Regelung denkbar, nach der sie nicht dem „anderen", sondern einem Dritten gegenüber abzugeben ist. Beispielsweise wäre es vielleicht in Kriegszeiten, wo die Gegner nur mühsam zu erreichen sind, praktisch, die Abgabe gewisser Kündigungen einer dafür eingesetzten Behörde gegenüber vorzuschreiben. Ist also schon die rechtspolitische Fragestellung möglich: Soll die Kündigung eine empfangsbedürftige Willenserklärung sein?, so kann man auch im dogmatischen Sinne fragen: Ist die Kündigung eine empfangsbedürftige Willenserklärung?

Bei der Prüfung der Antworten auf diese Frage scheiden wir die Gruppe derer, die, wie z. B. Manigk[1]), den Gegensatz zwischen empfangsbedürftigen und nichtempfangsbedürftigen Willenserklärungen leugnen, ganz aus[2]). Ihre Mitglieder ziehen die Adressierungsbedürftigkeit in den Begriff der Willenserklärung hinein. Daher kann für sie gar nicht die Frage auftauchen, ob eine einzelne Art von Willenserklärungen Adressenrechtsakt sei oder nicht. Ihnen ist diese Eigenschaft eine — mittelbare — Selbstverständlichkeit. Diese Ansicht hat zwei Fehler.

Sie verwechselt Seinserfordernis mit Wirksamkeitserfordernis. Mag auch eine Willenserklärung nur Wirksamkeit entfalten, wenn sie jemandem mitgeteilt wird, ihr Sein ist doch von einer solchen Mitteilung unabhängig.

Wie sehr beide Begriffe voneinander verschieden sind, zeigt das Beispiel des Testaments, das auch in seiner Schreibtischverborgenheit da ist, das aber vielleicht, da niemand es kennt, nicht wirksam ist.

Gibt man aber auch zu, daß eine Willenserklärung wirksam nur ist, wenn sie anderen wahrnehmbar wird, so bleibt die Frage, wer diese anderen sein müssen: „andere" im technischen Sinn, d. h. Vertragsgegner, oder andere „andere" im weitesten Sinn (wie z. B. bei der Auslobung)? Man kann Willenserklärungen, die, um wirksam zu werden, den Beteiligten gegenüber abzugeben sind, von solchen unterscheiden, die, um wirksam zu werden, nicht Beteiligten — Nichtbeteiligten! — gegenüber abzugeben sind. Ein Gegensatz, von dem

[1]) Manigk, 314.

[2]) Gegen sie Isay, Lehre 48, 49, 56, 57; auch Oertmann, Zugehen 724.

richtiger Weise auch die Protokolle[1]) ausgehen. Dann ist Empfangsbedürftigkeit im technischen Sinne ein auf die Person des Gegners abgestelltes Wirksamkeitserfordernis.

Wann besteht dies Erfordernis?

§ 7.

B. Problemlösung.

Ausgehend von der Möglichkeit nicht adressierungsbedürftiger Willenserklärungen, sagt Cosack[2]), Empfangsbedürftigkeit liege vor, wenn die Erklärung vom Gesetz nur unter der Voraussetzung einer bestimmten Adressierung als wirksam anerkannt wird. — Diese Voraussetzung ist im Allgemeinen Landrecht[3]) für die Kündigung erwähnt; das BGB. schweigt offenbar.

Dieser Lücke gegenüber kann man sich verschieden verhalten.

Entweder man geht auf die Gesetzesmaterialien zurück. Dann zeigt sich für unseren Fall, daß das Gesetz von der Adressierungsbedürftigkeit der Kündigung als etwas Selbstverständlichem ausgeht[4]), und man kann schließen: deshalb ist die Kündigung eine empfangsbedürftige Willenserklärung. Die Lücke im Gesetz wäre also nur scheinbar vorhanden.

Oder man bleibt bei dem Gesetzestext stehen und befolgt, da ja die Frage irgendwie entschieden werden muß, eine deduktive Methode. Innerhalb dieser Methode bestehen wieder verschiedene Möglichkeiten.

Wie v. Thur[5]) kann man auf den legislativen Grund zurückgehen und nach dem Vorhandensein des Interesses eines Gegners scheiden. — Endemann[6]) geht aus vom „inneren Grund". Ihm ist die Setzung eines bestimmten Empfängers nicht Grund, sondern Folge; dieser Empfänger aber wird bestimmt durch Gesetz, durch den Inhalt des Rechtsverhältnisses oder durch den Inhalt der Erklärung[7]). — Sehr weit geht Gottschalck, wenn er behauptet[8]), die Empfangsbedürftigkeit sei durch die „Ordnung der Dinge" geregelt, das Gesetz

[1]) Protokolle I, 8968.
[2]) 144.
[3]) I, 21, 340.
[4]) Motive II, 413.
[5]) 429.
[6]) 308/9.
[7]) a. a. O. Anm. 3.
[8]) 32.

könne darüber „niemals“ bestimmen. Er muß denn auch im folgenden[1]) eine Kategorie der „unechten empfangsbedürftigen Willenserklärungen“ aufstellen, bei denen das Gesetz „der Natur der Dinge zuwider“ die Empfangsbedürftigkeit festgesetzt habe: „nichts weiter als eine Formvorschrift“. — Es bleibe dahingestellt, ob Zitelmann („entscheidend ist das Interesse des Gegners“[2])) und Trappenberg („Praktisches Bedürfnis“[3])) unmittelbar deduzieren oder wie v. Thur auf den legislativen Grund zurückgehen. Auch dieser Weg hat bisher zur Empfangsbedürftigkeit der Kündigung geführt.

Und doch unterscheidet sich das Ergebnis hier wesentlich von dem auf jenem anderen Wege gewonnenen. Dort handelte es sich um Erkenntnis von Seiendem, hier handelt es sich um Erkenntnis von Seinsollendem; denn hier wird von einem rechtspolitischen Ideal aus deduziert. Daraus folgert: Das Ergebnis kann einen Anspruch auf Allgemeingültigkeit insofern nicht machen, als die Wahl des jeweiligen rechtspolitischen Ideals nicht Sache der Erkenntnis, sondern Sache des Bekenntnisses ist. Wenn zufällig alle Forscher von dem gleichen Ideal ausgehen, dann „gilt“ es zwar, aber es ist damit noch nicht „gültig“. — Diese Methode gehört der Rechtsschöpfung an. Mit ihr wird nicht schon geltendes Recht erkannt, sondern erst geltendes Recht (Gewohnheitsrecht) gebildet.

Wir werden auf diesen Gegensatz später noch einmal zurückkommen. Hier sei nur, ohne über die Richtigkeit der einen oder anderen Methode zu entscheiden, festgestellt, daß gegenwärtig bei Anwendung beider Methoden die Kündigung eine Willenserklärung ist, die einem anderen gegenüber abzugeben ist.

Damit ist die Kündigung in einer Denkform des Allgemeinen Teils dargestellt.

II. Die Anwendung des Gesetzes.

§ 8.

1. Die vorläufige Anwendung des Gesetzes und das daraus sich ergebende Problem.

In dem erwähnten praktischen Fall, der nach der Wirksamkeit der Kündigung fragt, ist diese „Willenserklärung, die einem anderen

[1]) 36.

[2]) Allgemeiner Teil 94.

[3]) 34/35.

gegenüber abzugeben ist", diesem anderen, dem Mieter, gegenüber in dessen Abwesenheit abgegeben. Für diesen Fall bestimmt § 130 BGB: die Wirksamkeit tritt im Augenblick des Zugehens ein. So hängt die Lösung des praktischen Falles davon ab, ob die in ihm angegebenen Tatsachen den Zugangsbegriff erfüllen. Dieser Zugangsbegriff aber harrt zunächst der Bestimmung. Denn wie für die Empfangsbedürftigkeit der Kündigung gibt das Gesetz auch für den Zugangsbegriff unmittelbar keine Bestimmung.

§ 9.

2. Die Bestimmung des Zugangsbegriffs.

Bei dieser Bestimmung können zwei Fragen voneinander geschieden werden. Einmal nämlich kann man fragen, welches der Inhalt des Zugangsbegriffes ist, beispielsweise, ob er empfangen, zur Kenntnis nehmen oder was sonst umfaßt. Zweitens aber kann man ohne Rücksicht auf diesen Inhalt fragen, ob Zugehen in allen Fällen dasselbe ist, mit anderen Worten, ob der Zugangsbegriff einheitlicher oder mit einem Worte Bekkers[1]) „protëischer" Natur ist. In diesem Sinne sprechen wir von der Frage nach der Form des Zugangsbegriffes. Sie werden wir zunächst behandeln, um uns dann der Frage nach dem Inhalt zuzuwenden.

a) Formale Bestimmung des Zugangsbegriffs.

§ 10.

A. Problemstellung.

Die Frage nach der Form des Zugangsbegriffes bedarf vor ihrer Beantwortung noch insofern einer genauen Stellung, als scheinbar in mehrfacher Hinsicht die Proteusnatur des Zugangsbegriffs behauptet ist. Er soll dem Empfänger gegenüber anders sein als gegenüber dem Absender, im Falle des Widerrufs anders als sonst, anders bei Vertragswillenserklärungen als bei den übrigen, besonders schließlich bei bestimmten Zuständen, wie Postfach[2]), verfrühter Ankunft[3]). Es könnte nun scheinen, wenn hier überhaupt Abwandlungen des Zugangsbegriffs behauptet werden, so geschehe

[1]) Sprachliches 43.
[2]) Leonhard, Allgemeiner Teil 285.
[3]) Cosack, 4. Auflage 182.

dies in mannigfaltigen Beziehungen. An einem Beispiel läßt sich aber nachweisen, daß diese vielen Beziehungen sich auf eine Grundbeziehung zurückführen lassen.

Wie gesagt, ist die Ansicht aufgestellt, daß „Zugehen" im Falle des Widerrufs etwas anderes bedeutet als sonst. Während es nämlich sonst nach Ansicht dieser Schriftsteller „in den Empfangsbereich kommen" bedeutet, soll es hier „zur Kenntnis kommen" bedeuten. Man will auf diese Weise die Wirksamkeit einer in den Empfangsbereich gelangten Willenserklärung hindern, wenn eine später in diesen Bereich gelangte widerrufende Willenserklärung vor jener von dem Empfänger zur Kenntnis genommen wird. Nehmen wir nun einmal folgenden Fall an: A. schickt an B. die Annahmeerklärung x eines Vertrages, die um 9 Uhr morgens in den Wohnungsbriefkasten des B. gelegt wird. A. widerruft, der Bote gibt den Widerrufsbrief y erst mittags um 1 Uhr bei B. ab. In der Zwischenzeit hat A. sich wieder besonnen, er widerruft den ersten Widerruf durch die Erklärung z. Die Erklärung z gelangt nachmittags um 5 Uhr in B.s Wohnung. B. kehrt von einem Tagesausflug um 6 Uhr abends zurück, findet die drei Briefe vor und liest y zuerst. Würden die Anhänger der erwähnten Ansicht auch B. das Recht absprechen, sich auf das frühere Eintreffen von x (und das spätere von y) zu berufen, d. h. auf der Wirksamkeit der Vertragsannahme zu bestehen, so würden sie doch A. das Recht *nicht* absprechen, sich auf das frühere Eintreffen von x (und das spätere von y) zu berufen, d. h. auf der Wirksamkeit der Vertragsannahme zu bestehen. Zugehen ist also nicht im Falle des Widerrufs etwas anderes als sonst, sondern Zugehen ist etwas anderes *in bezug* auf A. als in bezug auf B.; und die Proteusnatur in *diesem* Sinne tritt nur zutage (wird folgenschwer) im Falle des Widerrufs. Daß man gewöhnlich im Tatbestand des Widerrufs stecken bleibt, ohne tiefer zu dringen, hat seine Ursache darin, daß im Regelfall A. nicht so wankelmütig ist, wie wir ihn in unserm Fall gesetzt haben, sondern ein Interesse daran hat, sich *nicht* auf das frühere Eintreffen von x zu berufen.

Wie hier ist es auch in den übrigen Fällen: jede behauptete Uneinheitlichkeit des Zugangsbegriffes ist im Grunde eine Unheitlichkeit in bezug auf die beteiligten Personen. Es wird dann also be-

hauptet: der Zugang vollzieht sich vom Standpunkt des Absenders aus anders als vom Standpunkt des Empfängers, und zwar ist die Willenserklärung wirksam zu Ungunsten des Empfängers schon vor seiner Kenntnis von ihr, zugunsten des Empfängers erst mit dem Augenblick der Kenntnisnahme.

Wendet man diese Theorie auf unsern praktischen Fall an, so läge dem Vermieter gegenüber keine wirksame Kündigung vor; denn der Mieter hat die Kündigung unmittelbar gar nicht erfahren, da der Vermieter den Kündigungsbrief vorher aus dem Briefkasten wieder an sich genommen hat.

§ 11.

B. Die Theorie vom uneinheitlichen Zwangsbegriff.

Die Hauptquellen, die die hier in Frage stehende Ansicht selbständig vertreten, sind die beiden im Schriftenverzeichnis angeführten größeren Abhandlungen Hölders — von denen die jüngere für unser Problem nichts neues bietet; Hölder selbst verweist darin auf die ältere — und der Aufsatz von Schulz. Hölder und Schulz unterscheiden sich in ihren Begründungen erheblich voneinander; sie sind daher gesondert zu behandeln.

I. Die Theorie Hölders.

1. Darstellung.

§ 12.

a) Das Prinzip.

Hölder legt § 130 BGB nach der Verkehrssitte und nach Treu und Glauben aus. Die Richtigkeit einer solchen Auslegung begründet er auf zwei Weisen.

b) Begründung des Prinzips.

§ 13.

A. Mittelbare Begründung.

Einerseits geht er[1]) von § 157 BGB aus: Verträge sind, wie Treu und Glauben mit Rücksicht auf die Verkehrssitte es erfordern, auszulegen. Dem Vertrag wird der Vertragsantrag gleichgestellt.

[1]) Theorie 21.

Der Inhalt eines Vertragsantrages aber ist untrennbar mit seiner Existenz verknüpft. Also ist auch die Frage der Existenz (= Wirksamkeit), wie die des Inhalts nach Treu und Glauben mit Rücksicht auf die Verkehrssitte zu beurteilen.

§ 14.

B. Unmittelbare Begründung.

Andererseits schließt Hölder[1]) unmittelbar: Gesetze sind grundsätzlich nach Treu und Glauben mit Rücksicht auf die Verkehrssitte auszulegen. Also ist auch die Bestimmung des § 130 BGB über die Wirksamkeit einer Willenserklärung nach Treu und Glauben mit Rücksicht auf die Verkehrssitte auszulegen.

§ 15.

c) Anwendung des Prinzips.

Wendet Hölder nun dies auf zwei verschiedenen Wegen gewonnene Ergebnis an, so widerspricht es nach seiner Meinung Treu und Glauben, wenn auch der Empfänger einer Willenserklärung sie schon soll geltend machen können, bevor er sie kennt. „Es ist . . . ungerechtfertigt, daß ich auf die frühere von mir nicht benutzte Möglichkeit meiner Kenntnisnahme mich berufen kann, wenn es dem andern, der mir diese Möglichkeit gewährt hat, gelungen ist, sie vor dem Eintritte meiner Kenntnisnahme wieder aufzuheben“[2]). Denn gerade der Zweck der Empfangstheorie, die erst den Zugangsbegriff „im weiteren Sinne“ (Möglichkeit der Kenntnisnahme) eingeführt hat, ist: den Absender — und nur ihn! — zu schützen, wenn die Erklärung aus seinem „Lebensgebiet“[3]) in das des Empfängers übergegangen ist. Sein Schutz gegen die Gefahren, die der Erklärung im fremden Lebensgebiet drohen, und die er, weil es ja fremdes Lebensgebiet ist, nicht abwehren kann, ist, daß zu seinen Gunsten in dem kritischen Augenblick schon die Erklärung als zugegangen „im engeren Sinne“ gilt[4]): sie ist zugegangen nur im weiteren Sinne;

---

[1]) Theorie 28, 43.
[2]) Theorie 19.
[3]) Theorie 9.
[4]) Theorie 37.

zugunsten des Empfängers ist die Unterscheidung zwischen weiterem und engerem Sinne bedeutungslos[1]).

§ 16.

2. Kritik.

Um ein möglichst genaues kritisches Bild von Hölders Theorie zu erhalten, wollen wir sie prüfen, indem wir zunächst ihre eigenen Voraussetzungen zugrunde legen und später diese Voraussetzungen selbst zum Gegenstand der Prüfung machen.

Soweit wir sehen, hält nur Geller[2]) Hölders ganze Theorie und Nutzanwendung für unanfechtbar, im übrigen aber herrscht über die Nutzanwendung nichts weniger als Einstimmigkeit.

a) Kritik der Nutzanwendung.

§ 17.

A. Stand der Meinungen.

Titze[3]) hält gerade vom Gesichtspunkte der Gefahrtragung aus ein Widerrufsrecht des Absenders nach dem Zeitpunkt des Gefahrüberganges für durchaus ungerechtfertigt. Zu dem gleichen Ergebnis kommt Manigk[4]); er will die Willenserklärung mit dem Eintritt in den Wahrnehmungsbereich des Gegners wirksam werden lassen, „weil damit das Vertrauen des Gegners bereits in Mitleidenschaft gezogen ist und die Verantwortung des Erklärenden für den Wert der gesetzten Zeichen daher gegeben ist". — Gerade die Verkehrssicherheit soll eine einheitliche Bestimmung der Wirksamkeit ohne Rücksicht auf das Interesse des Adressaten verlangen[5]). — Wer, wie der Absender, sich auf den Zugang berufen darf, muß von der Tatsache des erfolgten Zuganges ausgehen; das ist „die objektiv feststehende Tatsache, daß die Erklärung zugegangen ist"[6]). Mit wachsendem Verkehr verträgt die Rechtssicherheit keine „Gemütlichkeit"[7]) mehr. — Im Interesse der Verkehrssicherheit hat die „moderne Rechtsentwickelung" eine Abneigung gegen „hinkende" Rechtsverhältnisse, die nur

[1]) Theorie 38/39.
[2]) 993.
[3]) Mißverständnis 240.
[4]) Manigk, 596.
[5]) Titze, Mißverständnis 238/39; vgl. auch Kretzschmar, 96.
[6]) Engelmann, 1338.
[7]) Kohler, Vertrag 288; vgl. auch 286/87.

einen Teil begünstigen; Treu und Glauben drängen nach einheitlicher Bedeutung des Zugehens[1]). — Sobald der Empfänger eine Willenserklärung gegen sich gelten lassen muß, muß er auch den Erklärer beim Wort nehmen dürfen: „Wer sich über das, was er will, noch nicht klar ist, soll mit der Abgabe von Erklärungen warten, bis er sich . . . klar geworden ist“[2]).

Andererseits fehlt es nicht an Stimmen, die in gewissen Fällen das Interesse des Verkehrs und Treu und Glauben ebenso wie Hölder beurteilen[3]).

§ 18.

B. Eigene Kritik.

Die Beantwortung der Frage, was Treu und Glauben mit Rücksicht auf die Verkehrssitte erfordern, ist abhängig von dem jeweils vorgestellten Ideal des Gemeinwohls. Die „Richtigkeit“ eines solchen Ideals aber kann nicht zum Gegenstand wissenschaftlicher Erkenntnis gemacht werden, sie ist keine Seinsfrage, sondern eine Wertfrage. Die Aufstellung des Wertmaßstabes ist Sache des Bekennens oder, wie Radbruch[4]) sagt, des durch Selbstbesinnung aus der Tiefe der Persönlichkeit geschöpften Willens. Es würde dem Gedanken der Systematik widersprechen, diesen philosophischen Relativismus im Rahmen einer rechtswissenschaftlichen Arbeit zu begründen. Er kann hier nur bekannt werden. Auch Hölder bekennt sich zu ihm, wenn er zugibt, die Frage, was das Gemeinwohl erfordert, sei „verschiedener Beantwortung fähig“[5]).

Daraus folgt, daß es zwar Antworten geben kann, die allgemein — zufällig: — gelten, aber keine Antwort, die allgemein gültig ist, geschweige denn, daß sich ihre Allgemeingültigkeit beweisen ließe. Die oben erwähnten Ansichten über die von Hölder gezogene Nutzanwendung könnten daher nur unter dem Gesichtspunkt der Folgerichtigkeit geprüft werden. Eine solche Prüfung erscheint aber für unsern Zweck unnötig, da es ja vom relativistischen Standpunkt aus

[1]) Müller, 707.

[2]) Titze, Zeitpunkt 395; vgl. auch Oertmann, Bemk. 3 c zu 130.

[3]) Dernburg, 448/49; Leonhard, Allgem. Teil 285; Cosack, 4. Aufl. 182.

[4]) Rechtsphilosophie 28.

[5]) Hölder, Wesen 485.

möglich ist, mit gleicher Folgerichtigkeit die Nutzanwendung im Sinne Hölders und im Hölder entgegengesetzten Sinne zu ziehen. Und es ist für diese Arbeit verhälnismäßig nebensächlich, welchen Standpunkt wir selbst einnehmen. Es sei jedoch bemerkt, daß uns Treu und Glauben mit Rücksicht auf die Verkehrssitte nicht einen wandelbaren Zugangsbegriff zu fordern scheinen. Aber auch, wer in diesem Punkte anderer Ansicht ist, kann sich nicht auf den Relativismus dafür berufen, daß die Hölderſche Theorie richtig sei. Wir haben ja erst ihren kleinsten Kreis geprüft, und sind hier allerdings zu keinem entscheidenden Ergebnis gekommen. Wir haben jetzt rückwärtsgehend zu fragen, ob überhaupt der Zugangsbegriff nach Treu und Glauben bestimmt werden darf, und haben daher Hölders weitere Begründungen zu untersuchen.

§ 19.

b. Kritik des Auslegungsprinzips.

Wir konnten eine mittelbare und eine unmittelbare Begründung unterscheiden.

§ 20.

A. Kritik der mittelbaren Begründung.

Jener ist wesentlich die logische Form des Schlusses. Sie verlangt daher an den Normen der Logik gemessen zu werden. Der Verlauf war: der Antragsinhalt ist nach Treu und Glauben zu bestimmen. Der Antragsinhalt ist untrennbar von der Antragsexistenz. Also ist die Antragsexistenz nach Treu und Glauben zu bestimmen.

Wir dürfen wohl dem Zusammenhang entnehmen[1]), daß Hölder den Vertragsantrag nur als Beispiel wählt und, was er von seiner Existenz behauptet, auch von der Existenz jeder anderen Willenserklärung behaupten will. Immerhin müßte für die Möglichkeit dieser Übertragung erst Beweis erbracht werden; denn jeder Antrag ist zwar eine Willenserklärung, aber durchaus nicht alle Willenserklärungen sind Vertragsanträge. Also ohne weiteres kann von diesen nicht auf jene geschlossen werden. Aber von diesem — unwesentlichen — Einwurf sei abgesehen.

Der Schluß hat einen formalen und einen inhaltlichen Fehler.

Formal: Es wird nur ausgesagt, daß eine — und zwar notwendige — Beziehung zwischen Existenz und Inhalt besteht, aber

[1]) Vgl. Theorie 19.

nicht, welche. Und doch ist gerade das für die Art des Schlusses und für seine Richtigkeit wesentlich. Versuchen wir, Hölders Schluß zu ergänzen, so kann das entweder so geschehen, daß der Untersatz eine Beziehung der Ähnlichkeit aussagt, die dann vielleicht einen Analogieschluß vom Inhalt auf die Existenz rechtfertigen würde, oder es kann so geschehen, daß der Untersatz ein Identitäts- oder ein Unterordnungsverhältnis aussagt.

Im ersten Falle wäre der Schluß in der assertorischen Form falsch, in der richtigen problematischen Form aber ohne zwingende Beweiskraft. Besinnen wir uns auf die Natur der in der Rechtswissenschaft gebräuchlichen Schlußformen, und nehmen wir einmal an, sowohl der Analogieschluß als der Schluß aus dem Gegenteil seien als Beweisglieder in logisch gleicher Weise geeignet —, was in Wahrheit bestreitbar ist, — so fehlt es doch an einem Maßstab, der angesichts dieser logischen Gleichwertigkeit entscheidet, wann der eine und wann der andere Schluß am Platze ist. Daraus erhellt die Unmöglichkeit, mit dem Analogieschluß (oder mit dem Schluß aus dem Gegenteil) allein überhaupt etwas zu beweisen.

Manches[1]) spricht dafür, daß Hölder Existenz und Inhalt in ein Identitätsverhältnis setzen oder jene auf diesen zurückführen will. Dann wäre der Schluß zwar formal richtig, aber inhaltlich falsch. Denn es ist inhaltlich überhaupt falsch, allgemein von einer untrennbaren Beziehung zwischen Inhalt und Existenz zu reden. Vielleicht kann man sagen, daß die Existenz nur Form eines Inhaltes ist, daß es also keine Existenz ohne Inhalt gibt. Das mag einen Analogieschluß von der Existenz auf den Inhalt rechtfertigen(?), nie aber einen Schluß in umgekehrter Richtung. Den will ja aber Hölder machen. Der Satz, es gibt keinen Inhalt ohne Existenz, der wohl im Sinne Hölders wäre, ist, da Hölder unter „Existenz" wirksame Wirklichkeit versteht, unhaltbar. Wieviele Vertragsanträge gibt es, die nur als möglich vorgestellt werden! Daß ein Inhalt vorhanden ist, läßt sich ebenso wenig leugnen, wie, daß sie keine wirksame Wirklichkeit haben. Zwar könnte man auch hier von einer „Existenz" sprechen. Auch der mögliche Antrag „existiert"; eben als möglicher und in der Vorstellung seiner Möglichkeit! Und diese Exi-

[1]) z. B. Theorie 25.

stenz ist vielleicht auch untrennbar mit dem Inhalt verknüpft. Das ist aber eine Existenz im ganz anderen Sinne, als Hölder sie meint, und als sie hier in Frage steht. Von einer untrennbaren Verknüpfung des Inhalts mit dieser Existenz kann keine Rede sein.

Da so einerseits die Unbrauchbarkeit, andererseits die Falschheit des Untersatzes bewiesen ist, ist die Unrichtigkeit des Hölderschen Schlusses offenbar. Auf diesem Wege kann nicht begründet werden, daß die Frage der Einheitlichkeit des Zugangsbegriffes nach Treu und Glauben mit Rücksicht auf die Verkehrssitte zu entscheiden ist.

B. Kritik der unmittelbaren Begründung.

§ 21.

I. Problemstellung.

Den zweiten Weg Hölders nannten wir unmittelbar, weil er den eben behandelten Schluß als Mittel vermeidet und ohne weiteres an die Auslegung von § 130 BGB nach Treu und Glauben herangeht. Dem Ergebnis, zu dem Hölder dann kommt, ist oft[1]) der Vorwurf gemacht, es stünde mit dem Wortlaut des Gesetzes im Widerspruch. Gerade die Bedeutung des Gesetzeswortlautes, von dem der Vorwurf ausgeht, würde aber Hölder bestreiten und vielmehr seinen Gegnern falsche Gesetzesauslegung vorwerfen. Er gibt ja selbst zu[2]), daß das Gesetz Treu und Glauben auf den besonderen Fall des Vertragsinhalts beschränkt, aber er behauptet dann weiter, Treu und Glauben und die Verkehrssitte seien die allgemeinen Grundsätze jeder Gesetzesauslegung. Diese Frage der Gesetzesauslegung ist für Hölder entscheidend. Ausdrücklich hat er, der in der Zugangsfrage im Laufe der Zeit von einander abweichende Stellungen eingenommen hat, am Ende der „Theorie“[3]) darauf hingewiesen, daß seine neue Stellungnahme in einer neuen Beantwortung der Auslegungsfrage begründet ist; und nicht zufällig schließt der Aufsatz „Wesen“ mit einem Abschnitt über Gesetzesauslegung.

Der Kernpunkt muß notwendig hier liegen. Denn eine Beweisführung kann nur zwei Fehlerquellen haben: entweder verläuft

---

[1]) z. B. Müller, 707; Kretzschmar, 96; Titze, Mißverständnis 337/38; derselbe — zwar nicht gegen Hölder gerichtet — Zeitpunkt Anmerkg. 6.

[2]) Theorie 31; vgl. auch Schneider 98 („äußerer“ Wortlaut) und Dernburg 451 („müssen“).

[3]) T. 43.

sie in sich nicht folgerichtig, oder ihr Ausgangspunkt ist falsch. Die mangelnde Folgerichtigkeit scheidet bei dieser unmittelbaren Beweisführung aus. Also ist der Ausgangspunkt, Hölders Lehre von der Gesetzesauslegung, zu prüfen.

II. Problemlösung.

§ 22.

1. Darstellung von Hölders Auslegungstheorie.

Diese Lehre geht vom Gegensatz der privaten Willenserklärungen zur Staatswillenserklärung aus[1]). Jene sind Mittel zur Befriedigung einander widerstreitender Bedürfnisse, diese ist Mittel zu einem allen gemeinsamen Ziel: Förderung des Gemeinwohls. Das ist der Zweck, dem die Urheber des Gesetzes und, die es anwenden, untertan sind, und zwar streben beide unabhängig voneinander dem Ziel zu[2]). Das Gesetz nun ist auf eine Dauer berechnet. Es steht im Verhältnis zum „ferneren Recht und Leben“[3]). Der Inhalt des Gesetzes beruht nicht auf Momenten, die zu der Zeit vorliegen, in der es zu rechtlicher Geltung gelangt[4]). Dies zusammen genommen mit der oben erwähnten Aufgabe der Rechtsanwendung läßt als beste Auslegung „zu jeder Zeit die dem gegenwärtigen Bedürfnisse des Lebens gemäßeste“[5]) erscheinen.

Das Leben aber hat ein doppeltes Bedürfnis: daß überhaupt eine rechtliche Regelung, und daß eine Regelung bestimmt gearteten Inhalts vorhanden ist[6]). An oberster Stelle steht, das betont Hölder stark, das erste, die Sicherheit des Verkehrs. — Am besten würde dem Bedürfnis des Lebens gedient sein, wenn der Sinn des Gesetzes dem Gesetze selbst zu entnehmen wäre. Das ist aber nie „vollständig“ möglich[7]). Vollständig kann ihn nur die Verkehrssitte ergeben: „Der Sinn, den für einen bestimmten Verkehr bestimmte Worte haben, bestimmt sich durch die Verkehrssitte und zwar bestimmt er sich für jede Zeit durch ihre Verkehrssitte. Während daher für

[1]) Wesen 479.
[2]) Wesen 479, 485.
[3]) Wesen 480.
[4]) Wesen 480.
[5]) Wesen 480.
[6]) Wesen 480.
[7]) Wesen 480, vgl. auch 483 und 486.

private Willenserklärungen . . . ausschließlich maßgebend ist die Verkehrssitte ihrer Zeit, so ist die den Rechtsverkehr beherrschende Sitte für den Sinn des Gesetzes schlechthin maßgebend, und es ist maßgebend nicht die vielleicht längst verschollene Verkehrssitte seiner Entstehungszeit, sondern die Verkehrssitte der Gegenwart“ [1]). — Der weltanschauliche Hintergrund der ganzen Theorie ist die Betrachtung des Gesetzes als „Staatswillenserklärung“. Der „Wille der Gesetzgeber ist mit dem durch ihn hervorgebrachten Staatswillen ebensowenig identisch . . . wie der Inhalt einer privaten Willenserklärung mit dem Willen ihres Urhebers“ [2]).

§ 23.

2. Kritik der Auslegungstheorie.

Wieder wollen wir bei unserer Kritik die Theorie zunächst unter vorläufiger Annahme ihres Ausgangspunktes auf ihre Folgerichtigkeit und erst später den Ausgangspunkt selbst prüfen.

§ 24.

a. Immanente Kritik.

Alle Organe des Rechtes dienen in erster Linie der Verkehrssicherheit, in zweiter Linie der Zweckmäßigkeit. — Kann nun, wie Hölder behauptet, der Verkehrssicherheit durch Auslegung nach dem Gesichtspunkt der Zweckmäßigkeit am besten Genüge getan werden?

Die Gesetze erscheinen uns so, wie sie den Gegenstand der Auslegung bilden, als dem Auge oder Ohr wahrnehmbare Wortzeichen. Wir scheiden nun die Fälle aus, in denen diese Wortzeichen „gleichsam von Natur aus“ nur eine einzige Bedeutung haben können, und fragen auch nicht, wann das der Fall ist, sondern wir behandeln nur den Fall, daß ein und dasselbe Wortzeichen „von Natur aus“ Träger mehrerer Bedeutungen sein kann. Das Vorhandensein dieses Falles bedarf keines weiteren Beweises [3]), an ihm hat sich ja erst das Auslegungsproblem gebildet.

Unter den vielen möglichen Bedeutungen des einen Wortes ist ideal eine einzige bestimmbar als die dem Bedürfnis des Lebens

[1]) Wesen 481.
[2]) Wesen 479, vgl. auch 481.
[3]) vgl. auch Hölder Wesen 483.

gemäße. Da sie bestimmbar ist, ist sie „sicher". Setzt man also der Auslegung zum Ziel, diese Bedeutung aufzufinden, so würden dadurch gleichzeitig Zweckmäßigkeit und Verkehrssicherheit erreicht werden. Aber es handelt sich nur um eine ideale Bestimmbarkeit. Hölder selbst gesteht[1]), die Frage, welchen Gesetzesinhalt das Gemeinwohl erfordere, sei „natürlich" verschiedener Beantwortung fähig. Wir haben ja schon in einem anderen Zusammenhang diese im Relativismus gegründete Unsicherheit betont. Um sie praktisch möglichst unschädlich zu machen, sieht Hölder sich auch schließlich gedrängt, der Verkehrssicherheit zuliebe, die für ihn oberstes Gebot ist, dem Präjudizienkultus wenigstens einen Schein der Berechtigung zuzubilligen[2]).

Es gibt aber noch eine andere ausgezeichnete Bedeutung. Wir stellen uns die Wortzeichen als zunächst in einem Reich des Möglichen seiend vor, aus dem sie dann hervorgeholt werden: Worte werden „gebraucht" (verwirklicht, gesagt, gesetzt, geschrieben). Sie werden jeweils gebraucht, um den Gedanken dessen als Form zu dienen, der sie gebraucht: Worte sind geformtes Denken. So gibt es unter den an sich möglichen mannigfaltigen Bedeutungen eines Wortes noch eine andere, die sich neben der erwähnten bestimmbaren auszeichnet, nämlich die im tatsächlich gesetzten Wort geformte.

Da die auf ihre Erkenntnis gerichtete Auslegung unter einem anderen Gesichtspunkt steht als jene, kann sich ihr Ergebnis mit dem jener nur zufällig decken. Bei Gesetzen werden allerdings beide nicht weit voneinander entfernt sein; denn der Gesetzgeber hat ja auch die Aufgabe, das Verkehrsbedürfnis durch Zweckmäßigkeit der Bestimmung zu fördern.

Auch diese Bedeutung ist bestimmbar und also „sicher". Angesichts der Tatsache, daß es im einzelnen Fall unmöglich sein kann, sie wirklich zu erkennen, mag es scheinen, es handele sich hier ebenfalls um eine nur „ideale" Bestimmbarkeit. Aber diese ideale Bestimmbarkeit ist doch ganz anderer Natur als jene. Vorhin stellten wir fest, daß es auf die Frage: Was erfordert das Gemeinwohl? theoretisch inhaltlich verschiedene richtige Antworten gibt. Auf die Frage dagegen: Welche Bedeutung hat der Gesetzgeber diesem Worte mitgegeben? gibt es theoretisch nur eine richtige Antwort. Die

[1]) Wesen 485; vgl. auch Bendix, Rechtssicherheit 7ff., besonders 8.
[2]) Wesen 486.

Beantwortung dieser Frage ist also theoretisch „sicherer" als die jener. Ob sie praktisch möglich ist, wird später zu erörtern sein.

Die Gesetzesauslegung soll nach Hölder dem Verkehrsbedürfnis folgen. Oberstes Verkehrsbedürfnis ist Rechtssicherheit. Kann die im Wort vom Gesetzgeber geformte Bedeutung (der Wille des Gesetzgebers) mit größerer Sicherheit bestimmt werden, als der dem Verkehrszweck gemäße Sinn, dann muß Hölder mittelbar als Auslegungsaufgabe gerade die Erforschung dieses Willens des Gesetzgebers anerkennen. Erst wenn sie zu keinem sicheren Ergebnis führt und ein anderes Ziel eine größere „Sicherheit" gewährt, ist vom Standpunkt Hölders dies andere Ziel im Einzelfall zu wählen.

Alles unter der Voraussetzung, daß es überhaupt die unmittelbare Aufgabe der Gesetzesauslegung ist, der Zweckmäßigkeit zu dienen. Diese Voraussetzung selbst wird auf ihre Richtigkeit noch zu prüfen sein.

Vorher aber sei noch einmal die mangelnde Folgerichtigkeit der Hölderschen Ansicht betont:

Hölder würde mit einem Worte Stammlers „Recht" einen „Zwangsversuch zum Richtigen" nennen können. Es läßt sich nun wohl eine rechtliche Regelung denken, nach der nur ein einziges Organ der Rechtspflege besteht, das diesen Versuch zu unternehmen hat. Die Gegenwart aber hat unter dem Einfluß Montesquieus zwei Organe der Rechtspflege: den Gesetzgeber und den Richter. Ob das Ideal Montesquieus und des ihn folgerichtig ergänzenden Bentham erfüllt, ob es erfüllbar ist, kann in diesem Zusammenhang unerörtert bleiben. Es genügt, daß der Richter nicht mehr allein jenen Versuch unternimmt. Das tut vielmehr in erster Linie der Gesetzgeber. Hat er ihn einmal gemacht, dann würde die von Hölder gewollte[1]) Zulassung des Richters zu dem auf den gleichen Gegenstand bezogenen Versuch Ergebnisse zeitigen, die gerade Hölder vermeiden will: Wie erwähnt, ist die Frage, was „richtig" ist, verschiedener Beantwortung fähig. Es könnten also die Versuche voneinander abweichen, ohne daß einer von ihnen als „falsch" zu erkennen wäre. Diese Abweichung mag im Durchschnitt gering sein, bei Grenzfällen wird sie folgenschwer. Dadurch wird die Sicherheit des Verkehrs, dies höchste Ziel für Hölder, erschüttert[2]). Anders ist die Lage in bezug auf den gesetzes-

[1]) Wesen 479.

[2]) Vgl. auch Heck, 257ff.

freien Raum. Da der Richter, dem Rechtsverweigerungsverbot unterworfen, eine Entscheidung fällen muß, bietet, wo das Gesetz schweigt, die Entscheidung nach dem Verkehrsbedürfnis noch das größte Maß von Sicherheit, das insbesondere durch die Einrichtung von Kollegialgerichten und Instanzenzug gewährleistet wird.

§ 25.

b) Transzendente Kritik.

Wir haben uns aber schließlich noch mit einer letzten Prüfung der Hölderschen Theorie zu beschäftigen, nämlich mit Hölders grundsätzlicher Stellung zur Auslegungsfrage.

§ 26.

A. Stellung der Hölderschen Theorie innerhalb der Auslegungstheorien.

Systematisch angesehen, vertritt Hölder eine — um dem üblichen Sprachgebrauch zu folgen — objektive Theorie. Auf seine Stellung innerhalb dieser Theoriengruppe, in der man objektiv-relative (historische) und objektiv-absolute (unhistorische) Theorien scheiden kann[1]), ist hier nicht näher einzugehen. Hier ist nur von dem allen diesen Theorien Gemeinsamem zu reden. Das ist ihre Auffassung vom Ziele der Auslegung. Ihnen allen ist Ziel nicht die Erforschung des Willens der Urheber des Gesetzes, sondern sie wollen den Willen „des" Gesetzes erforschen. Ziel ist, wie wir bei Hölder gesehen haben, diejenige Bedeutung des Gesetzestextes aufzusuchen, die dem jeweiligen Verkehr, Leben, oder wie man es sonst nennt, gemäß ist. In dem Sinne, daß sie von dem Subjekt des Gesetzgebers absehen, sind sie „objektiv".

§ 27.

B. Die richtige Auslegungstheorie.

Bevor wir in dem Streit zwischen objektiver und subjektiver Auslegungstheorie Stellung nehmen, ist es notwendig, die umstrittene Frage zunächst genau zu stellen und die Möglichkeiten der Lösung zu untersuchen. Erst dann wird zu prüfen sein, welche Lösung richtig ist.

[1]) Vgl. auch Heck, 279.

§ 28.

I. Problemstellung.

In Anknüpfung an schon oben Gesagtes stellen wir fest: Worte sind formuliertes Denken. Wortzeichen sind Träger von Bedeutungen. Ein Wortzeichen kann Träger vieler Bedeutungen sein. Welche Bedeutung ein den Gegenstand der Auslegung bildendes Wortzeichen trägt, hängt davon ab, wen der Auslegende sich als denjenigen vorstellt, dessen Gedanken in diesem Wort geformt sind. Da jedes Wort als von jedem Denkenden geformt vorgestellt werden und in jedem dieser Fälle eine andere Bedeutung haben kann, wird die einzelne Bedeutung durch die Vorstellung eines bestimmten Denkers als Formenden bestimmt. Die Frage nach der „richtigen Auslegung" offenbart sich also als Frage gar nicht nach der „Auslegung", sondern nach der richtigen Bestimmung des als Denker Vorzustellenden. Die Beantwortung dieser Frage übernehmen im Grunde die subjektive und objektive Theorie.

II. Problemlösung.

1. Die Möglichkeit der Auslegungen.

§ 29.

a) Die subjektive Auslegung.

Die Möglichkeit einer subjektiven Auslegung wird von den Objektivisten mit der Begründung bestritten, der Gesetzgeber könne deshalb nicht als Denkender vorgestellt werden, weil er in Wirklichkeit nicht erkennbar sei: Wie soll im heutigen konstitutionellen Staat der Urheber des Gesetzes ergründet werden?

Dieser Gedanke ist nicht beweiskräftig[1]). Denn er geht einseitig von einem zufälligen Zustand aus, während die Frage vom Gesichtspunkt des Allgemeinen aus beantwortet werden muß. Mit anderen Worten ist auszugehen von der Vorstellung denkbaren Rechts überhaupt.

Denkbar ist aber auch ein Zustand, bei dem der individuelle Gesetzesverfasser leicht zu erkennen ist. Er ist z. B. in kleinen absolutistischen Staaten verwirklicht. Hier ist es praktisch ohne Schwierigkeit möglich, den Willen des Gesetzesverfassers zu erforschen. Dabei brauchen wir Kohlers Forderung[2]) nicht zu verletzen: es wird nicht

[1]) Zum Folgenden: Stammler, Theorie 615ff. und Jellinek, 163ff.
[2]) Lehrbuch 122.

erforscht, was der Herrscher sagen „will" — „aber nicht gesagt hat", ist zu ergänzen —, sondern es wird nur erforscht, was der Herrscher gesagt hat. Aber eben „gesagt", d. h. geformt. Das ist sein Denken.

Die Verwirklichung des Absolutismus ist dieselbe Zufälligkeit wie das Bestehen des Konstitutionalismus. Aber wir haben die Vorstellung des Absolutismus herangezogen, um zu zeigen, daß sich aus dem Wesen des Gesetzes kein theoretischer Grund ergibt, der die subjektive Auslegung als eine unlösbare Aufgabe erscheinen ließe.

Die zwischen dem Ideal des Absolutismus und dem Ideal des Konstitutionalismus liegenden Verwirklichungen haben nur Bedeutung für die praktische Schwierigkeit der theoretisch möglichen Lösung. Vielleicht wird man praktisch überhaupt nur Grenzwerte erreichen können. Damit muß sich die Wissenschaft ja so oft bescheiden, ohne deswegen weniger Wissenschaft zu sein.

§ 30.

b) Die objektive Auslegung.

Wie die Aufgabe der subjektiven Auslegung, so ist aber auch die der objektiven theoretisch möglich. Es ist möglich, neben der Bedeutung, als deren Ausdruck das Wort vom konkreten Gesetzesverfasser geformt ist, seine überhaupt möglichen Bedeutungen, und es ist möglich, die gerechteste Bedeutung, wie die Bedeutung aufzusuchen, die das Wort im Munde des — vorgestellten — X. oder des Y. hat. Man kann also den auf das Wort gewandten Willen irgendeines anderen vorgestellten Denkers erforschen.

Die objektive Theorie stellt sich als Denker den „Staat" vor. Auch sie will den *wahren* Willen erforschen. Sie sagt, „die Auslegung habe den wirklichen (und nicht nur den durch die gebrauchten Worte gegebenen ostensiblen) Inhalt der Willenserklärung zu bestimmen[1]). Keine Bedeutung für die Auslegung hat die „durch das Gesetz nicht ausgedrückte Meinung"[2]) seiner Urheber über den Inhalt. Also, kann man fragen, hat die ausgedrückte Meinung Bedeutung? Sie ist als wirklicher Inhalt zu erforschen? — Das Gesetz ist erklärter Wille. Erklärter Wille ist gedachter Wille. Kann nun „der Staat" denken? oder denken nicht vielmehr nur die Menschen im

[1]) Hölder, Theorie 30.
[2]) Derf., Wesen 483.

Staat? Ist die Idee „Staat" aktiv denkfähig? oder sind denkfähig tatsächlich nur die Menschen, die sich mittels einer Fiktion die Idee als denkfähig bloß vorstellen?

Wenn Bierling[1]) die Vorstellung vom Staat als Denksubjekt ein „mystisches Etwas" nennt, so ist dies Urteil nur auf dem Boden einer bestimmten allgemeinen Grundanschauung richtig. Diese Anschauung selbst steht ja aber gerade im Streit. Es gibt Anschauungen, von denen aus die erwähnte Vorstellung mehr als ein mystisches Etwas ist. Ob diese Anschauungen richtig oder falsch sind, soll an dieser Stelle nicht entschieden werden, da dahingestellt bleiben soll, ob sich über die Richtigkeit solcher Grundanschauungen überhaupt etwas Allgemeingültiges sagen läßt. Wir teilen die Anschauung vom Staat als Denksubjekt nicht, müssen aber an dieser Stelle zugestehen, daß sie möglich ist.

2. Die richtige Auslegung.

§ 31.

a) Fragestellung.

Sind unter diesem Gesichtspunkt objektive und subjektive Auslegung möglich, so fragt es sich, welche Auslegung ist richtig. Diese Frage entscheidet sich durch die Beantwortung der Frage: Wer soll als Denksubjekt vorgestellt werden?

§ 32.

b) Antwort.

Man hat geglaubt, diese Frage im Hinblick auf das Verkehrsbedürfnis und die besondere Aufgabe des Richters im Sinne der objektiven Theorie entscheiden zu müssen. Mit wie geringer Berechtigung sich Hölder auf das Verkehrsbedürfnis berufen kann, ist schon dargelegt.

Auch die häufige Berufung auf die besondere Aufgabe der Rechtsprechung ist nicht stichhaltig. Motiv ist hier, das durch das Vorhandensein von Lücken im Gesetz gefährdete Nebeinanderstehen von Gewaltenteilung und Rechtsverweigerungsverbot zu ermöglichen. Dafür ist aber auch die objektive Auslegung kein geeignetes Mittel. Solange nicht Benthams Ideal: vollständige Kodifikation erreicht ist, sind „Lücken" unvermeidbar[2]). Bei subjektiver Auslegung werden

[1]) 258.

[2]) Vgl. auch Huber, 35.

sie sich häufiger zeigen als bei objektiver. Ganz verschwinden sie durch Auslegung nie: auch die Fruchtbarkeit des Wortes ist begrenzt. Zwischen Auslegung und Lückenergänzung besteht gar kein logischer Zusammenhang, ausgenommen das Abhängigkeitsverhältnis, daß diese erst auf den Plan tritt, nachdem jene beendigt ist. Das ist zu betonen.

Wir entscheiden uns dafür, daß als Denksubjekt der Urheber des Gesetzes vorgestellt werden soll, und zwar veranlassen uns dazu folgende Überlegungen:

1. Angenommen, es gäbe einen von dem Willen der Gesetzesverfasser verschiedenen Staatswillen: Wie ist es möglich, diesen Staatswillen zu erkennen? — Die gleiche Frage gilt für die fingierende Richtung der objektiven Theorie, die von der Vorstellung eines Zustandes ausgeht, als ob es einen von dem Willen der Gesetzesverfasser verschiedenen Staatswillen gäbe.

Um diese Frage beantworten zu können, behaupten die Objektivisten zunächst von dem Staatswillen, er ginge auf Gerechtigkeit für jede Zeit seiner Anwendung, und antworten dann: Staatswille ist der jeweils gerechte Sinn des Wortes. Damit aber wird der Schwerpunkt der Auslegung in das, wie wir oben dargelegt haben, wechselnde und wissenschaftlich unbestimmbare Gerechtigkeitsideal des jeweils Auslegenden gelegt, und die sogenannte objektive Auslegung offenbart sich als vom Auslegenden her gesehen subjektiv. Es ist dann schon theoretisch möglich — wir brauchen als praktisches Beispiel nur an die objektivistische Rechtsprechung auf dem Gebiet des öffentlichen Vereinsrechts in Sachen der sozialdemokratischen Gewerkschaften zu denken —, daß ein, wie sich aus den Kämpfen darum ergibt, mit einem ganz bestimmten Sinn entstandenes Gesetz bei seiner Anwendung als ein einen anderen Sin nenthaltendes, ja als ein nacheinander verschiedene Sinne enthaltendes angewendet wird. Das aber scheint uns bei dem Wesen des Gesetzes als — zeitlich gesprochen —: eines Willensaktes widersinnig zu sein.

2. Das Gesetz ist eine Willenserklärung. Bei der Auslegung einer Willenserklärung bestehen zwei Subjekte: der Erklärende oder Wollende und der Auslegende. Die Auslegung geht darauf aus, den Sinn der erklärten Worte zu erkennen. Für den Auslegenden ist das Gesetz immer eine fremde Willenserklärung. Daraus folgt,

daß das Ergebnis einer Untersuchung, die darauf ausgeht, den Sinn dieser fremden Worte zu erkennen, nichts sein kann, was lediglich in der Seele des Auslegenden seinen Grund hat. Diese negative Fassung ist absichtlich gewählt, da es hier dahingestellt bleiben soll, was die Bedeutungen eines Wortes „in Wirklichkeit" sind. — Die objektive Theorie stellt sich als Erklärenden den vom einzelnen Gesetzesverfasser losgelösten „Staat" vor. Um dessen Willen erkennen zu können, führt sie die allgemeine Behauptung ein, der Staat wolle immer das Zweckmäßige und Gerechte. Ihre Auslegung geht dann darauf aus, den zweckmäßigen und gerechten Sinn der erklärten Worte zu erkennen. Dafür aber, was zweckmäßig und gerecht ist, gibt es keinen allgemeingültigen und eindeutig erkennbaren Maßstab. Hier herrscht der Wille des einzelnen. So liegt der Schwerpunkt der objektiven Auslegung gerade da, wo er bei einer Untersuchung, die darauf ausgeht, den Sinn fremder Worte zu erkennen, nicht liegen soll, nämlich in der Seele des Auslegenden. Was sich als Auslegung ausgibt, ist in Wahrheit Aufstellung des vom Auslegenden gewollten Inhalts als Gesetz.

3. Unseres Wissens leugnen die Objektivisten nicht den grundlegenden Unterschied zwischen Gesetzes- und Gewohnheitsrecht. Grundlegend, weil beide Rechtsquellen nicht aufeinander zurückführbar sind. Hölders Maßstab nun für die Auslegung ist die Verkehrssitte. Auch die Norm, aus der der Staatswille oder das „Mittel des Heils"[1]) erkannt werden soll, läßt sich ebenso wie der „Volksgeist" Bindings in etwas Ähnliches wie die Sitte auflösen. Von ihnen allen gilt im Sinne der objektiven Theorie, was Hölder von der Sitte sagt[2]): sie ist „zwar nicht schon als solche Recht; wie sie aber zum Gewohnheitsrecht werden kann[3]), so hat sie auch Bedeutung für die Auslegung der Gesetze, und kann daher durch ihre Änderung ein Gesetz ohne Änderung seines Textes seinen Sinn ändern". Die Bedeutung der Sitte ist danach also, daß sie den Sinn des Gesetzes, d. h. den inhaltlichen Gesetzesbefehl wechselnd schafft. Die Sitte schafft aber auch den Inhalt des Gewohnheitsrechts. Bei dieser Art der Ausle-

---

[1]) Kohler, Lehrbuch 127.

[2]) Wesen, 481/82.

[3]) Es ist seltsam, daß Binding sich (Lehrbuch II 193 94) dagegen wendet.

gung wird daher der behauptete grundlegende Unterschied von Gesetzes- und Gewohnheitsrecht aufgehoben. Hier schwingt sich der Ausleger in Wahrheit zur Rolle des Schöpfers von Gewohnheitsrecht auf.

4. Mit größerem Recht als Kohler das Gesetz, kann der Theologe die Bibel ein Mittel des Heils nennen. Auch der Theologe hat auszulegen. Wenn man es mit Kant[1]) als eigentlichen Zweck der Religionslehre ansieht, „moralisch bessere Menschen zu bilden", dann tut der Theologe gut, der Schriftstelle denjenigen Sinn unterzulegen, bei dem der Zweck der Religionslehre am besten erreicht wird. Für ihn ist die objektive Auslegung, d. h. die in Wahrheit subjektive, die gegebene. Er will nicht Wahrheit, sondern Sittlichkeit. Der im Rahmen der Gewaltenteilung stehende Richter dagegen darf, wenn der Gesetzgeber einmal gesprochen hat, nicht mehr von sich aus Gerechtigkeit wollen, er darf nur den ihm vielleicht ungerecht scheinenden Willen des Gesetzgebers verwirklichen wollen. Der Gesetzgeber will Gerechtigkeit. Hat er gesprochen, so hat der Richter nur nach Wahrheit zu streben. Wieder sei hier auf die freiere Stellung des Richters im gesetzesfreien Raum hingewiesen.

Aus diesen Erwägungen halten wir die subjektive Auslegung für richtig. Auch uns ist das Gesetz „Staatswille". Das aber bedeutet uns „einen von Organen des Staates und in dessen Namen kundgegebenen Willen, der von der Gesamtheit der Staatsgenossen — gemäß den von ihr anerkannten Verfassungsnormen — als Staatswille angesehen und respektiert wird"[2]). So ist das Gesetz menschlicher Befehl. Den „wahren" Willen erforschen heißt: den im Gesetzestext geformten Willen seiner Urheber erforschen. Diesem Willen soll gehorcht werden. — Die sogenannten Gesetzesmaterialien sind für uns mit einem Worte Eugen Hubers[3]) „‚Kommentar', ‚Motive' und zugleich ‚Material'".

§ 33.

3. Ergebnis der Kritik.

Wir kehren zum Ausgangspunkt, zur Frage nach der Form des Zugangsbegriffes und zu der Antwort Hölders, zurück:

---

[1]) Streit der Fakultäten 1. Abschnitt. Friedensabschluß.

[2]) Bierling 261.

[3]) Huber 1.

Hölder hat selbst mit Recht darauf hingewiesen, daß seine Lehre vom uneinheitlichen Zugangsbegriff ihre letzte wesentliche Begründung in der objektiven Auslegungstheorie findet. Diese Theorie können wir, das ist dargetan, nicht annehmen. Darum muß Hölders Zugangstheorie von uns abgelehnt werden.

II. Die Theorie von Schulz.

§ 34.

1. Darstellung.

In scharfem Gegensatz zu Hölder begründet Schulz die Uneinheitlichkeit des Zugangsbegriffs. Dabei dürfen wir es wohl als zufällig durch den Anlaß des Aufsatzes (Besprechung eines österreichischen Entwurfs) bedingt ansehen, daß er in den Mittelpunkt seiner Ausführungen den Vertragsantrag stellt. Das Wort „Zugehen", erklärt Schulz[1]), darf man nicht in zwei Bedeutungen verstehen. Offen müsse über den Wortlaut des Gesetzes hinausgegangen werden[2]), gerade um die Interessen, die der Gesetzgeber im Sinn gehabt hat, zu schützen. Ausgehend vom Sinn der Empfangstheorie kommt Schulz dann zu dem gleichen Ergebnis wie Hölders Nutzanwendung. Allerdings gesteht er am Ende, sich „an der Grenze des Zulässigen" zu befinden.

§ 35.

2. Kritik.

Wenn Schulz Hölders Auslegungsversuch als solchen schroff ablehnt und selbst vom Sinn der Empfangstheorie und den gleichsam „eigentlichen Absichten" des Gesetzgebers ausgeht, so kann man das dahin deuten, daß er das Vorliegen einer „unechten Lücke" im Sinne Zitelmanns behauptet: ein besonderer Fall wird zwar durch die allgemeine gesetzliche Regel mit entschieden, aber die Entscheidung ist gerade in diesem Fall unbefriedigend; hätte der Gesetzgeber diesen Fall gekannt, dann hätte er für ihn gewiß eine besondere Regelung geschaffen. Für diesen Gedankengang wird durch unsere oben entwickelte Stellungnahme zur Auslegungsfrage keine kritische Handhabe

[1]) 242.

[2]) Ebenso in bezug auf den Widerruf von Anträgen z. B. Riezler zu 130 Bem. 7.

geboten. Ja, vom Standpunkt der subjektiven Theorie aus ist eine Lückenergänzung, die sich darauf stützt, der Gesetzgeber habe einen Fall nicht bedacht, vielleicht sogar zu rechtfertigen.

Es ist daher zu prüfen, ob die Entstehungsgeschichte des § 130 BGB Schulz Recht gibt.

E. I. hatte in § 74, I zwischen ausdrücklichen und stillschweigenden Willenserklärungen getrennt und zur Wirksamkeit bei diesen Kenntnisnahme, bei jenen Zukommen verlangt. Abs. II bestimmte: „Wenn ein Widerruf nach den Vorschriften des ersten Absatzes vorher oder gleichzeitig zur Wirksamkeit gelangt, gilt die Willenserklärung als nicht erfolgt".

Schon damals hat Hölder den einheitlichen Eintritt der Wirksamkeit, den der Entwurf schaffen würde, bemängelt[1]). Er hat dann im Kommentar die Ungerechtigkeit der bestehenden Regelung hervorgehoben[2]) und erst in der „Theorie" auf Grund seiner neuen Auslegungstheorie behauptet, die ungerechte Regelung sei gar nicht „Recht".

Auch Zitelmann macht den Vorwurf, der Entwurf scheine nur an den Fall zu denken, daß der Erklärende ein Interesse an dem möglichst frühen Wirksamwerden hat[3]). Um eine Berufung des Erklärenden auf die Nichtkenntnisnahme des Empfängers zu gestatten, schlägt er eine modifizierte Vernehmungstheorie vor[4]). Gegen ihn wieder wendet sich Strohal[5]), der aber Zitelmann wohl mißversteht. Die Handelskammer München verlangte[6]), Offerten müßten solange widerrufen werden können, als sie nicht zur Kenntnisnahme des Adressaten gelangt seien. — Bähr stellte[7]) einen relativen Zugangsbegriff auf, der gerade eine Hölder und Zitelmann entgegengesetzte Politik verfolgte; dem Absender gegenüber Äußerung, dem Empfänger gegenüber Zukommen.

[1]) Zum Entw. 73; ebenso 72.
[2]) zu 130 Bem. 4.
[3]) Rechtsgeschäfte 105.
[4]) Rechtsgeschäfte 107.
[5]) 362 Anm. 16.
[6]) Zusammenstellung 4, 83.
[7]) § 84.

Schließlich wurde in der zweiten Kommission beantragt[1]), es bei dem Widerruf auf Kenntnisnahme ankommen zu lassen; entweder ganz allgemein oder nur bei Vertragsanträgen und einseitigen Rechtsgeschäften. Beide Versuche mißlangen. Die Kommission lehnte mit doppelter Begründung ab:

Erstens bestehe die Gefahr, daß bei der Mannigfaltigkeit der Fälle das jetzt aus Billigkeitsrücksichten Erstrebte zu einer unbilligen Behandlung des Empfängers führen könnte.

Ferner sei kein praktisches Bedürfnis vorhanden. Der zu Grunde liegende Fall sei selten. Es handele sich um ein theoretisches Bedenken; dies aber habe der Gesetzgeber außer Acht zu lassen.

Dabei ist es denn geblieben. In E. II § 107, I, 1 steht statt „Zukommen" „zugehen", eine Veränderung, die schon die erste Kommission in Aussicht gestellt hat[2]). Bis E. RT § 126, I, 2 einschließlich heißt es „vor oder gleichzeitig", was später in „vorher oder gleichzeitig" geändert ist.

Angesichts dieser Geschichte des § 130 BGB ist vom Standpunkt der hier vertretenen subjektiven Auslegungstheorie aus die Schulzsche Ansicht unhaltbar: es liegt keine Lücke im Gesetz vor; der Gesetzgeber hat den fraglichen Fall wohl bedacht. Die Entstehungsgeschichte ergibt, daß „Zugehen" im geltenden Recht ein einheitlicher Begriff ist.

§ 36.

b. Inhaltliche Bestimmung des Zugangsbegriffes.

Wenn eine Willenserklärung zugegangen ist, dann ist sie es in gleicher Weise für und gegen den Erklärenden wie für und gegen den Erklärungsgegner.

Das ist das durch unsere Stellungnahme in der Auslegungsfrage bedingte Ergebnis der bisherigen Untersuchung. Es stellt sich dar als eine Bestimmung des Zugangsbegriffes nur der Form nach; denn, was „Zugang" ist, ist noch nicht gesagt worden. Dieser Inhalt des Begriffes ist im folgenden festzustellen.

---

[1]) Prot. II, 1, 69/70.

[2]) Prot. I. S. 103.

§ 37.

A. Zugang als Eintritt der Kenntnisnahmemöglichkeit.

Was „Zugehen" inhaltlich bedeutet, sagt das Gesetz an keiner Stelle. „Im Rechtssinn zugegangen ist also die Erklärung, die nach dem Sprachgebrauch des Lebens und der Sitte des Verkehrs als zugegangen anzusehen ist". Dieser Satz Hölders[1]) hat eine, wie sich zeigen wird, nur begrenzte Richtigkeit. Eins läßt sich nämlich mit Sicherheit erkennen: Der gemeinrechtliche Streit, ob eine Willenserklärung mit der Äußerung, der Kenntnisnahme oder dem Empfang wirksam sein soll (und deshalb wirksam „ist"), sollte gegen einen Antrag im Sinne der Äußerungstheorie, gegen Bährs erwähnten Vorschlag im Sinne der modifizierten Wahrnehmungstheorie zugunsten der Empfangstheorie entschieden werden. Dafür als Ausdruck setzte man „Zukommen", ein Wort, das später aus sprachlichen Gründen in „Zugehen" geändert ist. So bedeutet „zugehen" nicht: „absenden" und nicht: „wahrnehmen", wohl aber: „wahrnehmen *können*"[3]). Nur, wann die Wahrnehmungsmöglichkeit vorliegt, ist in keiner Gesetzesbestimmung zum Ausdruck gebracht.

B. Der Eintritt der Kenntnisnahmemöglichkeit.

§ 38.

I. Das Prinzip der Bestimmung.

Das Gesetz bestimmt den Begriffsinhalt von „Zugehen" nur soweit, daß es „Kenntnisnahme" und „Äußerung" als Grenzen setzt. Innerhalb dieser Grenzen ist *das Gesetz* lückenhaft. Wir erkennen an diesem Punkte, daß man zwei Arten von Lücken im Gesetz unterscheiden kann: Ein Gesetz kann in dem Sinne lückenhaft sein, daß es einen bestimmten wirtschaftlichen Tatbestand überhaupt nicht in den Kreis seiner Regelung gezogen hat, und es kann in dem Sinne lückenhaft sein, daß die zur Regelung dienenden abstrakten Begriffe nicht genügend bis zu den konkreten Tatbeständen hinunter bestimmt sind. Dort kann man von einer Lücke in der Extensität, hier von einer Lücke in der Intensität des Gesetzes sprechen. Inbezug auf die Ausfüllung scheint ein Unterschied darin zu bestehen, daß bei der

[1]) Theorie 38.
[2]) Prot. I, 99/100.
[3]) Motive I, 157.

Lücke in der Intensität sich mit Analogieschluß und Schluß aus dem Gegenteil überhaupt nichts ausrichten läßt. Soweit die Begriffsbestimmung nicht von dem Gewohnheitsrecht fortgeführt ist, muß der Richter als Rechtsschöpfer handeln.

Zunächst also ist der angeführte Satz Hölders für uns eingeschränkt richtig: Im Rechtssinn zugegangen, d. h. Objekt möglicher Kenntnisnahme ist die Erklärung, die nach dem Sprachgebrauch des Lebens und der Sitte des Verkehrs als Objekt möglicher Kenntnisnahme anzusehen ist.

Nicht regelmäßig wird dies Ergebnis auf diesem Wege gefunden. Betrachten wir die Literatur schematisch, so ist häufiger Ausgangspunkt die inhaltliche Unbestimmtheit des Wortes „zugehen“[1]). Leonhard behauptet[2]), die Redeweise des Volkes spricht nie von „zugehen“ bei Abwesenheit des Gegners, ohne daß dieser also Kenntnis erlangt. Bekker unterscheidet[3]) vier Bedeutungen, fortschreitend von „in den Gewaltbereich gelangen“ bis „Kenntnis erlangen“. Die dann folgenden Gedankengänge bewegen sich auf dem Boden der objektiven Auslegungstheorie. Das zeigt eine kritische Beurteilung, obgleich sich diese Gedankengänge auch bei grundsätzlichen Vertretern der subjektiven Theorie, z. B. bei Enneccerus, finden. Diese haben dann eben ihren Grundsatz verlassen. Den Normalfall bietet Kohler, einer der Hauptvertreter der objektiven Auslegungstheorie, in dessen Lehrbuch der § 130 BGB. als Ergebnis wissenschaftlicher Überlegungen, nicht als Ausgangspunkt erscheint.

Mehr oder weniger wird der gemeinrechtliche Streit fortgeführt. Maßgebend für die Begriffsbestimmung ist entweder das Verkehrsbedürfnis[4]), oder es wird auf die innere Begründung der Empfangstheorie zurückgegangen. Diese wieder wird häufig als notwendig aus dem Begriff der Willenserklärung folgernd angesehen. Die hier getrennt angeführten Beweise erscheinen oft vereinigt[5]).

---

[1]) Z. B. Hölder, Komm., Bem. 3 zu § 130; Leonhard, Wahl 34/35; Manigk, 309; Titze, Zeitpunkt 380.

[2]) A. T. 285.

[3]) System 110. Er gibt S. 116 aber zu, daß der Entwurf sich mit dem „Gewaltbereich“ (Briefkasten) zufrieden gibt. Bekker selbst neigt einer gemilderten Vernehmungstheorie zu (Grundbegr. 266).

[4]) Cosack, 187/8. Siecke, 21 Anm. 51.

[5]) Vgl. z. B. Enneccerus, I, 404/5; auch v. Tuhr, 433.

Einzelheiten[1]): Endemann deduziert[2]) von einer Verkehrspflicht aus, die er der prozessualen Einlassungspflicht zur Seite stellt. Diese Verkehrspflicht wird von anderen wieder geleugnet[3]). — Gegen den Beweis aus § 130 Abs. 2 BGB, daß rechtliches Ergreifen nötig sei[4]), hat Isay sich gewandt[5]), indem er die Abgabe einer Willenserklärung, ihre Ankunft und die Möglichkeit, auf das Vermögen des Adressaten einzuwirken, voneinander scheidet. — Krückmann glaubt[6]) logisch schließen zu können: es kommen für die Wirksamkeit der Willenserklärung nur zwei Zeitpunkte in Betracht, die Beendigung der Erklärungshandlung oder die Vernehmung. Die unpraktische Vernehmungstheorie ist verfehlt. Die Theorie, daß die Beendigung der Erklärungshandlung maßgebend ist, ist richtiger, „wenn man nur Beendigung der Erklärungshandlung richtig versteht". In diesem „richtigen" Verstehen liegt aber der Kernpunkt der Krückmannschen Begründung. Krückmann versteht nämlich unter Beendigung nicht die Äußerung. Auf die Weise muß er natürlich zur Empfangstheorie kommen. Logisch notwendig wäre das sonst gar nicht. Daß er die Willenserklärung noch nicht mit der Äußerung beendet sein läßt, ist ziemlich willkürlich[7]). Krückmanns wahre Begründung wird aus einem Nebensatz offenbar: Er spricht von der „Empfangstheorie, die meistens zu praktischen Ergebnissen führt". Daß er nicht ansteht, wenn es ihm praktisch wünschenswert erscheint, die Empfangstheorie aufzugeben, zeigt sein Aufsatz im „Recht". Hier ist sie ihm zu eng, „folglich drängt alles auf eine Formel nach Treu und Glauben hin".

Dieses vorgeblich logische Verfahren scheint uns typisch zu sein. Mit Recht hat dagegen Bekker betont[8]), daß sich aus einer „aprioristischen (naturrechtlichen) Konstruktion des Vertrages und der Willenserklärung nichts für die Perfektion entnehmen läßt".

---

[1]) Rüdiger spricht § 2 von der Zustellung, „so daß" der Gegner Kenntnis „erlangt". Darin dürfen wir wohl bloß eine laxe Ausdrucksweise sehen, besonders, da im folgenden der Einwurf in den Briefkasten als ausreichend erklärt wird.

[2]) 313 Anm. 23.

[3]) So z. B. von Leonhard, Wahl 41.

[4]) Vgl. z. B. Kuhlenbeck, Bd. I, 318.

[5]) Die Willenserklärung im Tatbestand 88.

[6]) Institutionen 338/339.

[7]) Vgl. z. B. andererseits Isay, Willenserklärung im Tatbestand 84.

[8]) System 112.

Auch vom objektiven Standpunkt aus ist man fast allgemein — nur eben zufällig; denn das Verkehrsbedürfnis kann jederzeit anders beurteilt werden — zu dem vom Standpunkt der subjektiven Theorie aus notwendigen Ergebnis gekommen[1]): Zugang ist Eintritt der Kenntnisnahmemöglichkeit.

Man hat nun versucht, diese Begriffsbestimmung durch Einführung von sogenannten Rechtsbegriffen weiterzuführen. Zwar ist uns kein Versuch bekannt, der das im Hinblick auf den gesamten Umfang der möglicherweise unter den Zugangsbegriff fallenden wirtschaftlichen Tatbestände unternimmt. Allein für die Kenntnisnahmemöglichkeit bei *schriftlichen* Willenserklärungen stellt Titze[2]) als Mindesterfordernis Erfüllung des Besitztatbestandes auf. Dieser Fall der schriftlichen Willenserklärung stellt ja nur einen Ausschnitt aus den von § 130 BGB getroffenen Fällen dar; denn empfangsbedürftige Willenserklärungen können auch mündlich in Abwesenheit des Erklärungsgegners (z. B. seinem Dienstboten gegenüber)[3]) abgegeben werden.

Durch die Einführung des Besitzbegriffes würde allerdings eine *größere* Begrifflichkeit erreicht. Zunächst nur scheinbar, da ja auch der Besitz durch den unjuristischen Begriff der tatsächlichen Gewalt bestimmt wird. Aber dafür, ob ein konkreter Tatbestand den Begriff der tatsächlichen Gewalt erfüllt, hat sich im Laufe der Zeit für eine Reihe von Fällen eine ganz feste Meinung entwickelt, sodaß man hier von gewohnheitsrechtlichen Bildungen sprechen kann. Daher führt die Lehre Titzes nicht nur scheinbar, sondern auch tatsächlich in der Zugangsfrage weiter. Aber nur einen Schritt; denn Titze kann Besitz nur als Mindestmaß der Kenntnisnahmemöglichkeit

---

[1]) Außer den Genannten: Biermann, 144; Crome, 393; Flad zu § 130 Bem. 1 d, γ Goldm.-Lil. 170, Anm. 4; Gottschalck, 40; Hölder, Komm. z. 130 Bem. 3; Theorie 5; Wesen 458; Isay, W. E. im Tatbest. 90, 92; Manigk, 193; Matthiaß, 96; Mühlhoff, 11, 13; Neumann, zu 130 A I, 1a; Riezler, zu 130 Bem. 3; RGZ. 56; 262 ff; in DJZ. 05, 861; OLG Bamberg in EOLG 3, 207; OLG Dresden in Sächs. OLG 32, 161.

[2]) Zeitpunkt 384 ff; ebenso James Breit, Verhinderung 589 und Kipp, zu Windscheid, 341; auch (im engsten Anschluß an Titze) Kunstmann 55. Dagegen Hölder, Komm. 130 Bem. 3; Theorie 4.

[3]) Darüber ausführlich: Titze, Mißverständnis 314 ff.

fordern. Es bleibt also auch hier noch ein Rest von Unbestimmtheit in dem Begriff Kenntnisnahmemöglichkeit.

Ja, das Ziel, die juristischen Begriffe bis zu den konkreten Tatbeständen des wirtschaftlichen Lebens hinabzuführen, scheint uns überhaupt mit Notwendigkeit unerreichbar zu sein. Immer wird ein unbegreifbarer Rest bleiben. Zwischen individuellem (konkretem) Leben und abstraktem Begriff ist eine Kluft, die der Richter nur durch Entscheidung überbrückt. Dabei wird ihm oft ein kasuistisches Gewohnheitsrecht den Weg weisen.

Mag man es mit Hölder[1]) auf die „Lebensgebiete" oder mit anderen[2]) auf die „tatsächliche Verfügungsgewalt" abstellen, im einzelnen Fall entscheidet der Verkehr.

§ 39.

II. Die Anwendung des Prinzips.

Prüfen wir die Verkehrsanschauung im Hinblick auf den praktischen Fall, von dem diese Arbeit ausgegangen ist, dann können wir feststellen:

1. Wird ein Brief zu nicht ungewöhnlicher Zeit in einen Privatbriefkasten gelegt, so wird im Augenblick des Einwurf die Möglichkeit der Kenntnisnahme als für den Halter des Kastens eingetreten angesehen[3]).

2. Nicht maßgebend ist nach der Verkehrsanschauung:

a. ob die Möglichkeit im Einzelfall wirklich eintritt (konkrete Möglichkeit). Der Halter des Briefkastens kann also verreist sein, sodaß er tatsächlich in diesem Fall nicht die Möglichkeit hat, die

---

[1]) Theorie 17.

[2]) Fritze, 215; Goldm.-Lil. 170; Kohler, Vertrag 293/4; Koppers 228; Leonhard A. T. 284; Sächs. OWG in Reger 25, 123 ff.

[3]) So Bekker, System 110; Bendix, Gefahr 406; Cosack 187/188; Crome, 393; Dernburg, 447; Düringer, Einleitung Anm. 62 S. 46/47; Enneccerus, Bd. 1, 405; Flad zu 130 Bem. 1a; Hellwig, 356; Hölder, Komm. 130 Bem. 3; Isay, W. E. i. T. 91; Kohler, Lhb. 500; Krückmann, Institt. 339; Kunstmann, 69; Leonhard, A. T. 284; Mühlhoff, 18; Müller, 705/6; Neumann, zu 130 Bem. A. I 1a; Riezler, zu 130 Bem. 3b; Rüdiger, § 2; Staub, Ext. zu 361 Anm. 5; Thiele. 135; Titze, Zeitpunkt 435; RGZ. 58, 406 ff; OLG. Breslau in ROLG. 20, 58; OAG. Lübeck in Seuff A. 32, 269 ff; BOHG Leipzig in Seuff A. 25, 269.

Willenserklärung zur Kenntnis zu nehmen[1]). Ja, es ist inbezug auf den Zugang belanglos, wenn der Absender die konkrete Unmöglichkeit kennt[2]). Würde man dies ablehnen, dann würde man entweder in den Fehler verfallen, einen relativen Zugangsbegriff aufzustellen, oder man würde es dem einen Teil unmöglich machen, eine Willenserklärung wirksam abzugeben, wenn er weiß, daß der Gegner im Augenblick die Willenserklärung nicht zur Kenntnis nehmen kann.

b) Ob die einmal eingetretene Möglichkeit vor der Kenntnisnahme aufgehoben wird. Die Kenntnisnahme selbst ist unerheblich. — Auf das Briefkastenbeispiel angewandt: Es ist ohne Einfluß, wenn der Brief nach seinem Einwurf vor Herausnahme seitens des Halters von einem anderen herausgenommen wird, so daß der Halter den Brief tatsächlich nicht später kennen lernt; dieser andere kann auch der Absender des Briefes selbst sein[3]).

§ 40.

3. Die endgültige Subsumtion.

Das für die Entscheidung des vorliegenden praktischen Falles wesentliche Ergebnis unserer Untersuchung ist also:

„Zugehen" ist ein einheitlicher Begriff. Das heißt: Ist eine Willenserklärung zugegangen, so ist sie es sowohl gegenüber dem Empfänger als gegenüber dem Absender. — „Zugehen" bedeutet: Eintreten der Kenntnisnahmemöglichkeit. Diese Möglichkeit bestimmt der Verkehr abstrakt. Er sieht sie als eingetreten an, wenn ein Brief im Laufe des Tages zu nicht ungewöhnlicher Zeit in einen Privatbriefkasten geworfen wird,

---

[1]) Max M. Breit, 17; Gottschalck, 44; Nenbecker, 189, 190; Neumann zu 130 A I 1a; Oertmann zu 130 Bem. 3c γ αα; Riezler zu 130 Bem. 3a; v. Tuhr, 435; Titze, Zeitpunkt 390/1; RGZ. 60, 334 ff.; 56, 262.

[2]) So v. Tuhr, 435; dagegen: Max M. Breit, 7.

[3]) James Breit in Sächs. Arch. 15, 657; Cosack, 188; Endemann, 312 Anm. 20c („Dritter"?); Gierke, 162; Goldm.-Lil., 170; Isay, Willenserklärung i. T. 990; Oertmann zu 130, 3c γ, εε; RGRKomm. zu 130 Bem. 1; Riezler zu 130 Bem. 3a; Staub, Exk. zu 361 Anm. 9a; Titze, Zeitp. Anm. 2 und S. 434; v. Tuhr, 442 Anm. 232; Zitelmann, A. T. 96; RGZ. 50, 191 ff.; RGZ in Warneyer Ergb. VII, 1914 Nr. 160; OLG Dresden in Sächs. OLG 25, 198 ff.; 26, 502; LG Hamburg in HansGZ. 1901, 131.

mag der Halter des Kastens verreist sein, und mag der Brief dem Kasten auch vor der Kenntnisnahme wieder entnommen werden.

Diesem abstrakten Tatbestand entspricht der die Veranlassung der vorliegenden Arbeit bildende praktische Fall. Er ist also dahin zu entscheiden: Der Kündigungsbrief des Vermieters ist dem Mieter zugegangen, es ist daher eine wirksame Kündigung erfolgt.

§ 41.

C. Schluß.

Diese Arbeit hatte es sich unmittelbar zur Aufgabe gesetzt, den Zugangsbegriff zu bestimmen. Es fragt sich nun, ob diese Bestimmung geleistet ist, nachdem wir festgestellt haben, daß „Zugehen" ein einheitlicher Begriff ist, dessen Inhalt „Eintritt der Kenntnisnahmemöglichkeit" ist, oder ob nicht vielmehr umfassend zu untersuchen ist, wann die Möglichkeit der Kenntnisnahme eintritt.

Einen Begriff wie beispielsweise „Treu und Glauben" können wir einen verweisenden Begriff nennen. Denn für seinen Umfang, das heißt für die Frage, in welchen individuellen Tatbeständen er sich erfüllt, läßt sich mittels der Definition oder der logischen Ableitung nichts gewinnen. Hinsichtlich dieser Frage wird vielmehr auf eine außerlogische Ordnung verwiesen. Die umfassende gedankliche Anwendung einer derartigen außerlogischen Ordnung würde aber die gedankliche Beherrschung sämtlicher möglicherweise unter sie fallenden individuellen Tatbestände voraussetzen. Diese lückenlose gedankliche Beherrschung jedoch ist schon theoretisch eine unmögliche Aufgabe. Es ist die gleiche unmögliche Aufgabe, wie sie die Voraussetzung einer lückenlosen Kodifikation bildet. Trotzdem an die Lösung dieser Aufgabe herangehen, hieße in den Fehler verfallen, der durch das verweisende Gesetz gerade vermieden werden sollte.

Solch ein verweisender Begriff ist auch der der Kenntnisnahmemöglichkeit. In welchen Fällen die Möglichkeit der Kenntnisnahme erfüllt ist, läßt sich allgemein nicht sagen, da die Gesamtheit der mannigfaltigen möglichen Fälle nicht überschaut werden kann. Nur für eine Gruppe von Fällen — nämlich für die, in denen es sich um schriftliche Willenserklärungen handelt — konnten wir fest-

stellen, daß eine Voraussetzung der Kenntnisnahmemöglichkeit der Besitz ist. Eine Voraussetzung, aber nicht die Erfüllung! Schließlich kommt auch hier alles auf den individuellen Fall an.

Unsere Aufgabe war eine methodologische Studie über den Zugangsbegriff. So können wir haltmachen bei der Erkenntnis davon, daß der Zugangsbegriff verweisender Natur ist, und daß seine weitergehende Bestimmung allgemein unmöglich und für einzelne Gruppen von Fällen nur bis zu einem gewissen Grade möglich ist; die letzte Entscheidung liegt bei den einzelnen Tatbeständen. Daher hat der praktische Fall, von dem wir ausgingen, noch eine andere Bedeutung als nur Ausgangspunkt der Untersuchung zu sein: er ist auch notwendig ihre Grenze. Einzelne Fälle unter dem Gesichtspunkt der Kenntnisnahmemöglichkeit zu ordnen, diese notwendig lückenhafte Zusammenstellung zu leisten, gehört zur Aufgabe eines Kommentars.

Schließlich aber, das betonten wir ja einleitend, sollte das Zugangsproblem nur als Gelegenheit, seine Behandlung nur als Beispiel dienen. Irgend ein Problem einer rechtswissenschaftlichen Disziplin sollte unter Zurückgehen auf die letzten Begründungen behandelt werden. Diese Arbeit ist geleistet. Es konnte sich dabei keine im Ergebnis neue Lösung des betreffenden Problems zeigen, aber der Weg der Lösung hat die Bedeutung grundlegender Fragen aufgezeigt. Es dürfte sich herausgestellt haben, daß es — systematisch betrachtet — im Grunde kein Zugangsproblem als ein besonderes Problem des Zivilrechts gibt, sondern daß das Zugangsproblem nur eine Erscheinungsform von Problemen des Allgemeinen Teils ist. Nicht um den Allgemeinen Teil handelt es sich allerdings, wie er sich bei der gegenwärtig in Deutschland üblichen Einteilung der Rechtswissenschaft als Allgemeiner Teil des bürgerlichen Rechts ergibt, sondern um einen Allgemeinen Teil der Rechtswissenschaft, der sich mit dem Rechte überhaupt befaßt. Fragen dieses Allgemeinen Teils der Rechtswissenschaft in den Vordergrund des Interesses zu rücken, darin kann man den Sinn dieser methodologischen Studie sehen.

Lebenslauf.

Ich, Ernst Kantorowicz, bin am 16. September 1892 zu Forst i. L. als Sohn des prakt. Arztes Dr. med. Benno Kantorowicz und seiner Ehefrau Paula geb. Schindler geboren. Ich bin jüdischer Religion. Von Ostern 1899 bis Ostern 1911 besuchte ich das Lyceum (jetzt Ratsgymnasium) zu Hannover. Nach Ablegung der Reifeprüfung studierte ich bis zum Kriegsausbruch in Lausanne (ein Semester), Heidelberg (ein Semester) und Berlin (fünf Semester) Rechtswissenschaft. Nach Kriegsausbruch war ich einige Monate als freiwilliger Hilfsarbeiter auf dem Kriegsfürsorgeamt der Stadt Hannover tätig. Am 26. Juni 1915 bestand ich die erste juristische Prüfung am Kammergericht mit „gut". In der Folgezeit legte ich den Vorbereitungsdienst bei den Amtsgerichten in Treuenbrietzen und Strausberg und bei dem Landgericht in Hannover zurück. Am 15. Januar 1917 bestand ich die mündliche Prüfung an der juristischen Fakultät der Universität Göttingen cum laude. Seit Ende März 1917 bin ich im Heeresdienst und als Hilfsschreiber zum Gericht der stellvertr. 38. Inf.-Brigade kommandiert.

Als Lehrern fühle ich mich den Herren Professoren v. Liszt, Radbruch und Seckel zu besonderem Dank verpflichtet. Herrn Professor Titze danke ich für einzelne Winke bei Herstellung meiner Dissertation.

Druck von Gebauer-Schwetschke G. m. b. H., Halle (Saale).